

שער שלישי

תקנת אושא

בפתח השער

שער זה, השלישי והאחרון לעבודה זו, מיקדש לתקנת אושא (בענין אשה שמכרה בנכסי מלוג כחיי בעלה). תקנה זו נתייחדה משאר התקנות במחקרנו בהיותה "תקנה מנוסחת", בחינת "חוק עשוי"¹, וראינו על כן צורך לבדוק את נוסחה בדיון מיוחד ומפורט. בעיה לעצמה היא שאלת זמנה של התקנה — אם תנאית היא או אמוראית, ולשאלה זו מוקדשים כמה בירורים בפרק הראשון והשני.

גם בעבודה זו הסתייענו בפרק השייך לענייננו בעבודתו של הרב בלאך², אך נותר לנו מקום רב להתגדר בו, ודומה כי כמה וכמה מן השאלות שהועלו כאן לא נתבררו עדיין בספרות ההלכה. על דרך משל, מתלוקת הגאונים אם הבעל מוציא את הנכסים "בדמים" (בתשלום פצוי) או בלא דמים — אף שנודעה, כמוכן, לא הוגדרה כל צרכה ודיוקת, ואף לא ראיתי מי ששיער כי היא תלויה במחלוקת סורא ופומבדיתא; כן הקדשנו מקום לבירורה של הנורמה (שהתפתחה מן התקנה) כי "בעל כלוקח" בנכסי אשתו, ולדעתנו נראה כי היא מאוחרת יחסית — וזמנה בערך מימי אביו ורכא בבבל.

אף שמבחינת סדרהכתיבה היתה תקנת אושא ראשונה למחקר, היא באה כאן במקום האחרון; תקנת פירות והלכת הירושה הן גורמיה של תקנת אושא ומנחות ביסודה, ואשר על כן היה צורך להקדימן.

1. ראה דבריו של פרופ' פולר, לעיל במבוא ע' יד-טו.
2. ראה לעיל, בפתח השער השני, הערה 1, הפרק הדין בתקנת אושא נמצא בחלק א' שער ט' סימן ל, עמ' 255 בכרך ג (בדפ' ירושלים).

פרק ראשון

התקנה המקורית

בכבלי מסכת כתובות דף מ"ט ע"ב (על המשנה לעיל ע"א) מובאים דבריו של רבי אילעא¹ בשם ריש לקיש משום רבי יהודה בר הנינא² על תקנת אושא: "שיהא אדם זן את בניו ואת בנותיו כשהן קטנים"³, ולהלן אומר רבי אילעא בשם ריש לקיש ומביא תקנת אושא שניה במי שכותב כל נכסיו לבניו, ולהלן (בראש דף נ' ע"א שם) מביא רבי אילעא תקנת אושא: "המבוכו אל יבוכו יותר מחומשו", ולהלן מביא רבי יצחק⁴ תקנה נוספת בדבר אופני החיוב ללמד לבנו תורה⁵.

מסתבר, כי עורך הסוגיא ראה לנכון לרכוז במקום זה, אגב התקנה הראשונה, כמה מן התקנות שנודעו בשם "תקנות אושא", ובהקשר זה מופיעה לראשונה גם התקנה שהיא יסוד דיוננו, וזה לשונה:

"אמרו רבי יוסי בר הנינא: באו שא התקינו, האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה — הבעל מוציא מיד הלוקחות".

והרי שנויי הנוסחאות העיקריים:

בר / בכ"י מינכן כ"ד (וכן במקבילה בכתובות ע"ח ב' וב"ק פ"ת ב' וב"מ צ"ז ב' וב"ב ג' א'); ובכ"י רומי (ב' ג' ד' — ועי' בדק"ס השלם) כ"ה⁶.

1. ככמה כ"י (מינכן, רומי ועוד) הגירסא אילא, וכ"ה ברי"ף וברוב המקומות בהם נזכר אמורא זה בירושלמי. הוא אמורא בארץ ישראל בדור השלישי, וראה עליו אצל ח. אלבק "מבוא לתלמודים" ע' 223.
2. ראה בדקדוקי סופרים השלם למסכת כתובות (ירושלים תשל"ב) ע' שס"ג כמה ח"ג בהקשר לשם זה, ולא הובהר אם הוא אמורא (ארץ ישראל) בדור הראשון — ראה אצל אלבק שם ע' 166) או תנא — הווה ספרי דברים מהד' פינקלשטיין ע' 333; וראה שהאריך בזה החכם ש"ר ב"ערך מלין" ערך אושא, וראה עוד להלן.
3. ועוד ידובר בתקנה זו בפרק המתאים.
4. אמורא ארץ-ישראלית מן הדור השלישי, כנראה, תלמידים של רבי יוחנן וריש לקיש (ראה אלבק, שם, ע' 252); והאריך בבירור השאלה מהו "ר' יצחק" סתם מהרי"ץ אפשטיין במבוא לנוסח המשנה ע' 8-147, עיי"ש. וקצת תימה על מהדירי "דקדוקי סופרים השלם" הנ"ל שהניחו לנוסח רבי יצחק שבדפוסים ולא העירו כי בכ"י מינכן, למשל, הנוסח הוא א"ר יצחק, וכן הוא ברי"ף דפ' אמ"ד ת"ג וככל הנראה צריך להיות רבי יצחק (ר' להלן הערה 10).
5. כך פירשו רי"ף ורא"ש שם, וכן בתשובות הגאונים שערי צדק חלק ד' שער ד' סימן כ"ג (וגם שם גרסו רבי יצחק!).
6. בדפ"ר ונציה ר"פ, במקבילה בכתובות ע"ח ב' מפורש כרבי

חנינא / בהרבה מקורות חנינה. וכן רגיל החילוף אושא — אושה.
 התקיננו / בדפויי (ונציה ר"פ, שונצינו רמ"ח) תקנו.
 בנכסי / בכ"י לניגוד (פירקוביץ) נכסי, וכן הוא בשאלתות רב אחאי גאון שאיל קל"ה
 ועוד כמה מן הראשונים, וכן במקבילה ב"ב קל"ט ב'.
 מלוג בחיי / ברייף ב"מ ל"ה (ברייף דפוס וילנא — דף י"ט ב') נוסף נכסי מלוג שלה
 בחיי...

בעלה / בכ"י ב' ובכמה מן הראשונים (מרדכי ור"ן על המקבילה בדף ע"ח, רבינו חננאל
 בפירושו ר"ז אגמאתי על ב"מ (ע' 84), ועוד) — הבעל. ובמקבילה בב"ב נ' ע"א חסר בחיי
 בעלה בכלל כדפוסינו, אך נמצא שם בכ"מ וכ"י המבורג ורייף ורא"ש ועי' דק"ס לרנ"ר.⁷
 ומתה / חסר לגמרי בכ"י מינכן כאן, וכן איננו בכ"מ במקבילות בכתובות ע"ח ע"ב
 ובבא-מציעא צ"ו ע"ב (ושם לא העיר על כך הרנ"ר בדק"ס!), וככל שאר המקורות
 ובראשונים נמצא, וראה עוד להלן⁸; בכ"י ב' — מתה.
 הבעל / בכ"מ ב"ב נ' ע"א — בעל. וראה בשו"ת הרייף (בילגוריי סי' פ"ד, ע' 16) שכתב
 שם — בעלה.

נוסח זה של התקנה, מופיע בעוד ששה מקומות בש"ס: 1) להלן בכתובות ע"ח ב'; 2)
 בבאקמא פ"ח ב'; 3) בבא-מציעא ל"ה א'; 4) שם צ"ו ב'; 5) בבא-בתרא נ' א'; 6) שם
 קל"ט ב'.

בירושלמי אין תקנת אושא (כזאת) נזכרת כלל, ואמנם יש רמז לקיומה במקום אחד
 (ומקבילתו) ועוד נדון בהם לקמן ברצות ה"פ.

בפרקים הבאים נדון במשמעותה של התקנה ובהשלכותיה ההלכתיות-משפטיות, וכאן
 ברצוננו לעמוד על אישיותו של מוסר התקנה, רבי יוסי בר חנינא, שכן יש לדבר זה חשיבות
 מבחינת קביעת זמקת-התקנתה של התקנה שלפנינו. ובמלים אחרות: האמנם רבי יוסי בר חנינא
 הוא רק מוסר התקנה — והיא כשלעצמה קדומה לו — או שמא רבי יוסי בר חנינא הוא
 מנסח התקנה, או אולי "דובר" בית הדין שקבע אותה?

לצורך דיון זה, נראה תחילה את סוגית הבבלי בכתובות שם, בהמשך, מיד לאחר מסירת
 התקנה:

"אשכחיה רב יצחק בר יוסף¹⁰ לר' אבהו דהוה קאי באובלוסא

7. וכן לא נמצא בחיי בעלה בכ"מ ב"ב קל"ט.
8. ע' 506; וראה עוד לענין זה בשי"ד ד' נ"ז (ע' קמ"ט במהד' ירושלים תשכ"ו): "כך שנו חכמים: אין
 האשה יכולה למכור כתובתה בחיי בעלה, ואפילו מכרה נכסי מלוג בחיי בעלה — בעל מוציא מיד
 הלקוחות", ועוד בשיטה מקובצת על ב"ק פ"ה (ע' תרכ"ה ואילך במהדורת ציוני, ת"א תשי"ד) בשם
 רבי מאיר הכהן (הר"מ"ה) מסרקסטה: "האשה שמכרה או נתנה בנכסי מלוג, הבעל מוציא מיד
 הלקוחות..."
9. ע' ע' 521.
10. אמורא א"י שעלה לבבל בזור הרביעי, וראה עליו אצל אלבק הנ"ל ע' 366; לדעתו של רבי' באכר
 (אגדת אמוראי א"י סך א' ח"ב ע' 167 בהערה 4) רב יצחק בר יוסף הוא בעל השמועה בתקנת אושא

דאושא¹¹, אמר ליה: מאן מרה דשמעתא דאושא?¹² — אמר ליה:
רבי יוסי בר חנינא, תנא מיניה ארבעין זימנין ודמי ליה¹³ כמאן
דמנחא ליה¹⁴ בכיסתיה.

מן הספור מסתבר כי מדובר בכירור ברכי יוסי בר חנינא האמורא, בן דורו של רבי יוחנן בארץ ישראל, שהיה מגדולי האמוראים ונאמר עליו שהוא "דיין ונחית לעומקא דינא" (בבא קמא לט א') ורבי אסי קראו "גברא רבה" (שם מב ב). אמנם, כנראה שהיה גם תנא מאוחר בשם זה, וכך הביאו בתוספות (נזיר כ"ט א) בשם רבינו תם, וכן אצל מהר"ן אפשטיין במבוא לנה"מ ע' 308 בסוף הערה 2. אמנם אין להכריע מכאן בכירור אם היה רבי יוסי ב"ח מקור המסירה לתקנות אושא התנאיות, או שמא היה מנסח התקנות בכנוס שהתקיים באושא בימי האמוראים הראשונים, כמו שעוד נראה להלן.¹⁵

לדעתם של הראשונים, הבטוי "באושא התקינן" מכוון לתקופתו של רבן שמעון בך גמליאל שנהג נשיאותו באושא¹⁶, וזה לשונו של רש"י: "באושא התקינן — כשהיתה

בענין חנוך הכנים, ובוה סרה התמיהה שהעלינו לעיל בהערה 4, אולם הדברים נראים דחוקים, בעיקר כאשר סתם רבי יצחק הוא ר' יצחק נפתא, וכאשר אין בכ"י משום אשוש לנוסח "רב", ושלישית משום שרב יצחק בר יוסף נזכר תמיד בשמו המלא...

11. רציתי לכוונת על נוסח זה תלי תלים של השערות כאלו מכאן ראיה לכנוס (אוכלוסא = המון עם בלשון יון, ערוך ערך אוכלוסא: וברש"י כאן — אסיפת בני אדם) של חכמים שהיה באושא בימי רבינ'ה ור' אבהו והאמת תורה דרכה, כי בכל הנוסחאות בכ"י ודפ"י וכן במקבילה בפסחים עב א רשום אוכלוסא דאינשי, והגידסא לפנינו מקורה כנראה באשגרה מן הבטוי "מרא דשמעתא דאושא" דלקמן, ואין מבטוי זה שלפנינו כל ראיה מוכרחת. אמנם, ראה בפירושו הריב"ן לכתובות (מהר" אפשטיין) ע' 2: "אוכלוסא באושא — 60 רבוא", ועיין בבלי ברכות דף ס' ע"א: ולפ"י אפשר שבכ"י גירסת הדפוסים קדומה ואמיתית, והענין צריך עדיין בירור.

12. בכ"י: מרא דשמעתא מני? ואילו בכ"ד (ד) ולפ: מרא דשמעתא דאושה — מני?

13. בכמה כ"י: ודמיא (ליה) כמאן וכו'.

14. בכמה כ"י ליחא, ולפ"י כך היא צורתו של המשפט המקורי: ודמיא כמאן דמנחא בכיסתיה.

15. על רבי יוסי בר חנינא ראה עוד: מהר"ן אפשטיין במבוא לנוסח המשנה ע' 307-310, ובין השאר הוא סבור כי רבינ'ת לא נספך ע"י ר' יוחנן, בנגוד לדעת ח' אלבק — ראה "מבוא לתלמודים" ע' 185, וכן שם בע' 72; ר' זאב באכר ב"אגדות אמוראי ארץ ישראל", ח"ב ע' 199 ואילך, וכן כתב עליו באריכות החכם פרוץ יעקב צורי.

16. ראה גוריות י"ג ב' ובעוד מקומות; ואין כאן המקום להכנס לשאלת הגלות הכפולה לכאורה של הסנהדרין ("מיבנה לאושא ומאושא ליבנה") לאושא שכבר הכריעו החוקרים שאינה אלא טעות סופרים, וראה לכל הענין מש"כ ב"שערי תורת התקנות" הר"מ בלאך בכרך ג' ע' 253 (במהדורת הצילום ד' ירושלים) וגדליה אלון בכרך א' של "חולדות היהודים בא"י בתקופת המשנה והתלמוד" ע' 291 ואילך.

סנהדרין באושא שגלתה וישבה שם סנהדרי גדולה כדאמרינן ב"ר¹⁷ גבי "מסעות"¹⁸ וכן כתב נכדו הרשב"ם בסוגית כ"ב דף נ"ט¹⁹.

לעומתם, סבורים התוקרים האחרונים כי כנראה לפחות חלק מתקנות אושא הינן אמוראיות. ראשון שעמד על כך הוא החכם גדליה אלון בכמה מקומות בהרצאותיו, ובמיוחד בקטע אחד שלא נתפרסם עדיין כל צרכו²⁰; בראשית הדיון הוא מזכיר את הבטוי המוקשה שבראשית פ"ג בבבא-בבא "אמר רבי יוחנן שמעתי מהולכי אושא" — שלא יתכן לפרשו על ימיו של רשב"ג באושא שקדם לו לר' יוחנן בשני דורות²¹, ולדעתו יש לפרש כי נתקיים כנוס חכמים באושא בימיו של רבי יוחנן, וכך ניסח את ראיתו ודעתו:

"יש לומר, שכמה מן 'תקנות אושא', שמעידים עליהן אמוראים²², שייכות לפרק הגידון. שכן לכאורה אין לבאר אלא בדרך הנתה זו בלבד את שקרינו²³, שרבי יוחנן אומר לו לרבי שמעון בן לקיש, שמוסר בשם רבי יהודה ב"ר-חנייה²⁴: נמנו באושא שיהא אדם זן את בניו קטנים — יודעים אנו מי היה במיניין?! — כלום יכול היה רבי יוחנן לומר כן ולחלוק על אושא שלאחר ביתר? סבור אני איפוא, שקרוב להניח כינוס או מושב של חכמי הסנהדרין עם הנשיא (רבן גמליאל ברבי) באושא, מקום שנתכנסו לשעה (מפני המסורת?) להתקין תקנות הנערכות לרבים²⁵. ולפי שכלפי רבן גמליאל ברבי (ורבי יהודה נשיאה) היו חכמים שנתייחסו שלא בהוקרה גמורה, ואף חלקו עליו²⁶ — לפיכך יכול היה אף רבי יוחנן לפלוג על אותה תקנה ואותו מיניין. 'הולכי אושא' הללו הם שנתכנסו למושב

17. ל"א א': עשר מסעות נסעה השכינה וכנגדן גלתה סנהדרין, מלשכת הגזית לתנות וכו' ומיבנה לאושא ומאושא לשפרעם וכו'.

18. רש"י לב"מ דף ל"ה א'.

19. בעמוד א שם, סוף ד"ה הכי גרסינן והא אמימר; וכן גם להלן דף קלט ב.

20. תולדות היהודים וכו' כרך ב' (מהדורה שלישית, תל אביב תשל"א) ע' 153.

21. בבבלי ב"ב שם, כ"ח ע"ב, "מאן הולכי אושא — רבי ישמעאל", וכבר נתקשו בזה חכמים, מהר"ן אפשטיין (מלנה"מ ע' 1197) דן בשאלה, ומביא דברי רש"י (מד"פ המובא בדק"ס) "הכי גמירי שהוא היה באותו הזמן", ורבינו יהודה בן-קלונימוס ב"חוסית תנאים ואמוראים (כ"י) כותב "שמעתי משם חכמי אושא", וכן הוא ב"חוסית השלם; אכן לדעתו של אפשטיין אין זה אלא רבי ישמעאל בנו של רבי יוחנן בן ברוקה, הסמוך לימיו של רבי יוחנן; אלון, מצידו, סבור כי "שמעתי מהולכי אושא" הוא פשוטו כמשמעו, ורבי יוחנן קיבל מהם ממש.

22. בהערת 471 שם מזכיר אלון את האוסף בכתובות שהבאנוהו לעיל, ע' 486.

23. ירושלמי כתובות פרק ד', דף כח ע"ב בד' ונציה.

24. ראה לעיל.

25. ההדגשה שלי — י"כ.

26. ראה, למשל, מאמרו של אלון ב"מחקרים" ב' ע' 15.

הלה, ואף על פי שרבי יוחנן שמע מהם פירוש הלכה, הרי במקום שחלק, יכול לפקפק בערכו של הגניין²⁷.

לאחר אלון, עסק בזה במיוחד פרופ' ח"ד מנטל (יבלח"א) בספרו "מחקרים בתולדות הסנהדרין"²⁸, הן כפרק הדין בישיבת הסנהדרין באושא (ע' 162 ואילך) והן בנספת מיוחד (ע' 365-9). אף לדעתו היו תקנות אושא אמוראיות (ומבלי שהזכיר כלל את אלון²⁹), ועיקר סברתו שבכל מקום בו נזכר רבי יוסי צ"ל רבי יהודה בר חנינא (והילופי פענוח ר"ת יש כאן — ריב"ח?) שהירושלמי בכתובות שם מעיד עליו כי מקום מושבו היה באושא. אין כאן מקום לדקדק בדבריו, אך דומני כי קשה להתווכח עם עדות כל כתבי היד הגורסים במקומנו רבי יוסי בר חנינא וכן בכל המקבילות, ולפלא בעיני שאין מנטל משתמש בעדות כה"י כלל במשך כל הדיון.

לצרננו נאמר, כי נראית לנו דעתו של גדליה אלון, ולדעתנו ניתן להוכיחה מכמה פנים נוספות, כפי שברצוננו להראות בהמשך העיון במקורות³⁰.

27. מענין לציין כי לא ראיתי אצל החוקרים הנזכרים מי שיבדוק מצב ההלכה המקבילה במשפט הרומי — ושמו משם יש לסייע בגבוש השקפתנו כאן; והנה ראיתי כי ר' ירון ("מחקרים במשפט רומי", הוצ' אקדמון תשכ"ח, ע' 207) מזכיר הוראת חוק שיצאה מלפני דוקלטיאנוס קיסר (245-313; ומלך, 284-305) ובאה לאסור על אשה למכור מנכסי נדונתה, ור' שם ציוני המקורות ואזכרה של תק' אושא; מענין כי אם בתקופת רשב"ג לאושא נקבעה התקנה, הרי שישראל מקדימים, אך אם בימי ר"י בר חנינא מדובר — הזמן מקביל!
28. הוצאת "דבר", תל-אביב תשכ"ט.
29. פעם אחת הוא מזכירו בקצור, בע' 185 הערה 119.
30. עלי לציין, כי פרופ' שמואל ספראי, מתלמידי של אלון, אינו הולך בזה בדרכו של רבה כמאמרו "כתבנות חדשות לבעיית מעשיו ומעמדו של רבן יוחנן בן זכאי לאחר החורבן" (נדפס ב"מחקרים בתולדות ישראל ובלשון העברית", ס' זכרון לגדליהו אלון, ת"א תש"ל ע' 203-226) הוא מעיר בדרך אגב (הע' 53) כי "רחוק בעיני כי תקנות אושא לא נתקנו אלא בבית זינה העירוני של אושא ולא מתקנות הסנהדרין הן, וכי נתקנו בתקופת האמוראים כפי שסבור מנטל"... הוכחותיו אינן משכנעות:
- (א) "התקנה שלא לנדות זקן (יד' מ"ק פ"ג) אינה נושאת כלל אופי של תקנה עירונית" — לדבריו של אלון, זו תקנת סנהדרין — אבל אמוראית מכל מקום, ובוה נפלת הטענה; (ב) "החכמים מתיחסים לתקנות ... כהתייחסותם לתקנות אבות העולם מכל הדורות" — כנ"ל; ואין סיבה שלא להתייחס אליהן כך, ואע"פ שר' יוחנן — כנראה — הולק, וכמ"ש גם לקמן בתקנתנו. (ג) הוכחתו מקושית הירושלמי מרבן גמליאל על תקנת "אל יבזבו יותר מחומשי" (יר' פאה פ"א) כודאי שאין בה אלא להראות שה"תקנה" באושא הייתה מעין "אשרור" של תקנה קדומה; ושמו נעלמו מפרופ' ספראי דבריו הנזכרים בפנים של אלון.

פרק שני

הרקע לתקנה ומשמעותה הבסיסית

כל מי שנראים לו דברי הראשונים, והוא סבור כי תקנת אושא היא אמנם תקנתו של רבן שמעון בן גמליאל ובית־דינו, חייב לשאול את עצמו שאלה יסודית: מדוע לא נזכרה תקנת אושא במשנה? — שהרי לא יתכן הדבר, כי תקנת הסנהדרין בדור שקדם לרבי יהודה הנשיא, עורך המשנה, תקנה רבת פנים וחשיבות, לא תזכה לאזכור כל שהוא בקודקס שהוכן ע"י בנו של מתקין התקנה? ולכאורה, יש לשאלה זו תשובה פשוטה למדי התקנה כן נזכרת במשנה, הלא היא משנת כתובות בראש פרק ח' "האשה שנפלו":¹

"האשה שנפלו לה נכסים עד שלא תתארס מודין בית שמאי לבית הילל² שהיא³ מוכרת ונותנת וקיים; נפלו לה משנתארסה בית שמאי אומרים תמכור ובית הילל אומרים לא תמכור ואלו מודים שאם מכרה ונתנה קיים; אמר רבי יהודה אמרו לפני רבן גמליאל הואיל זוכה באשה לא זכה⁴ בנכסים? אמר להם: בחדשים⁵ אנו בושים אלא שאתם מגלגלין עלינו את הישנים? נפלו לה משנישאת אלו ואלו מודין שאם מכרה ונתנה שיוציא הבעל⁶ מיד הלקוחות;

1. לפנינו בדפוסים היא משנה אחת, ומשנת רבי שמעון היא משנה ב'; אך בכ"ק ובמשניות שבירושלמי (משבי"ר) מתחילה משנה ב' ב"נפלו לה משנישאת". וראה מש"כ על משנה זו (הבריייתות שעליה) פרופ' ב' זה פריס ב"מתקיים בספרות התלמוד" (ירושלים תשכ"ח) ע' 48-44; וראה עכשיו בדק"ס השלם (ח"ב) לכתובות שבהערות האריכו להביא מספרות הראשונים כל גווניה של משנתנו, ואכמ"ל.
2. הציטוט בפנים בדרך כלל על פי כ"י קופמן (מהדורת צילום, ירושלים תשכ"ח) מחוץ לכמה צורות מקובלות (כגון שמאי, שבכ"ק תמיד בצורה האי"י שמי או שמי"); ברוב הנוסחאות הגירסא כאן "מודים בית שמאי ובית הלל", ולא צוין הבל זה בש"ס במשניות וילנא (ראם); צורת "הילל" מנוקדת בכ"ק כה' סגולה ול' צרויה, וכן להלן.
3. בשאר הנוסחאות — שמוכרת ונותנת, ובמשבי"ר — כנראה בטעות ואגב הקטע הבא — שאם מוכרת ונותנת.
4. בשאר הנוס' ובכ"מ — הואיל זוכה באשה לא יזכה בנכסים? ולעיל במשניות שבבבלי (משב"ב) — אמרו חכמים לפני ר'ג, ובמשבי"ר אמרו לרבן גמליאל.
5. בשאר נוסחאות: על החדשים.
6. במשבי"ר "הבעל מוציא", ובשאר הנוס': שהבעל מוציא.

עד שלא נישאת ונישאת, רבן גמליאל אומר⁷ אם מכרה ונתנה קיים⁸; א"ד תניא בן עקיבה⁹ אמרו לפני רבן גמליאל: הואיל וזכה באשה לא זכה¹⁰ בנכסים? — אמר להן: בחדשים¹¹ אנו בושים, אלא שאתם מגלגלין עלינו את הישנים?
 ר' שמעון חולק בין נכסים לנכסים: נכסים¹² הידועים לבעל — לא תמכור, שאם¹³ מכרה ונתנה בטל¹², וסאינן ידועים לבעל לא תמכור — ואם¹³ מכרה ונתנה קיים.

משנה זו יש בה מקום עיון מדוקדק שאינו ענין לתקנת-אושא; אך כל הקורא את המשנה שואל עצמו מיד מה ששואל גם הבבלי¹⁴:

"לימא תנינא לתקנת אושא?"

כלומר, כיון שנאמר במשנתנו בפירוש "משנישאת, אלו ואלו מודים שיוציא הבעל מיד הלקוחות", הרי תקנת אושא שנויה לפנינו¹⁵ אלא שהתלמוד דוחה מיד:

"מתניתין — בחייה ולפירות, תקנת אושא — בגופה טל קרקע¹⁶
 ולאחר מיתה?"

נחזור לבאר בקצרה עיקר הרקע המשפטי-הלכתי לכל הדין: אשה בישראל כשרה לעסוק בכל עסקי ממון והיא שוה בכך לחלוטין לגבר¹⁷, ועל כן יכולה להיות בעלת נכסים וקרקעות. עם נשואיה, מתחלקים נכסיה לשני סוגים: נכסי צאן

7. "אומר" ליתא בכ"ק, ונוסף בגליון. ובכ"י מינכן: רשב"ג (0).
8. ע' לנוסח זה במלנח"מ ע' 35-6 שהאר"ך בכידורו.
9. ככל שאר נוס' תנינא, ובמשב"ב — בן עקיבא וכ"ה בגמ' בכ"י מ.
10. בכ"ק נוסף בין השיטין 'ה' — הנכסים.
11. בשאר נוסחאות ואם.
12. בכ"י מינכן 'ראם מכרה ונתנה קיים' — ונראה שנשמטה כל הסיפא מפני הדומת ורק 'קיים' נשתרבו במקום "בטל".
13. ניכר עוד שגם כאן היה כתוב שאם כדלעיל ונמקה הש'.
14. בחידושי המאירי על כתובות, מהדורת סופר ירושלים תש"ז, רוב הנוסחאות במשנה מתאימות לנוסח בכ"ק (ולמהדיר לא היה כנראה כ"י זה לפניו).
15. עז ב.
16. האם קושיא היא זו: מה ראו אמוראים לתקן מה שכבר הסכימו עליו ב"ש וכ"ה? — או שמחפשים אנחנו סיוע, מקור למימרתו של ריב"ח כי תקנה זו קדומה היא? ועי' ברש"י על הרי"ף כאן: לימא תנינא — כלומר, דמתניתין סייצתא לתקנת אושא, וזכה הולך רש"י לשיטתו!
16. רי"ף: בגופה שבקרקע.
17. ראה מה שהאר"ך בכל זה פירוש' א. גולאק ב"סודי המשפט העברי" (ברלין תרפ"ג) ח"א ע' 35 ואילך, ובשער תק' פירות, ע' 353.

ברזל ונכסי מלוג¹⁸, כאשר בסוג הראשון שולט הבעל באופן מוחלט, כמעט, והיבט לשלם אותם או זמיהם במקרה של פרעון הכתובה¹⁹, ואילו הסוג השני, שהוא עיקרנשואהתקנה שלפנינו, נחשב רשמית לרכישה של האשה²⁰, אלא שהבעל זכאי לאכול את פירות נכסי-מלוג²¹ על פי תקנת חכמים: לפי הירושלמי "תקנו שיהא הבעל מפקח ואוכל"²², ואילו לפי הבבלי²³ תקנו לבעל פירות נכסי מלוג "תחת פרקונה", כלומר כמעין ביטוח לשעת חירום, שאם תילקח האשה בשבי — יפדנה בעלה. עוד עלינו להזכיר (וחשיבות ענין זה תוכרה בשלב מאוחר יותר) כי הבעל יורש את אשתו (הנשואה ולא הארוסה)²⁴.

כמשנה שלפנינו, הגבלה זכות האשה לשלטון גמור בנכסי מלוג: אמנם הן שלה, אבל אסור לה למכור הנכסים או לתיתם במתנה, כל עוד היא תחת בעלה. לפי פירושה של הגמרא וכל המפרשים הקלטיים, מבדילה המשנה בין נכסים שנמכרו ע"י האשה בעודה ארוסה (מקודשת), ועדיין לא נכנסה לחופה ולבית בעלה) — בהם תמיד מכרה קיים (אע"פ שדעת בית הלל לא למכור לכתחילה), לבין נכסים שמכרה האשה לאחר נשואיה, שנשתעבדו לבעל כך שהוא רשאי להפקיעם ולהוציאם מיד הלקוחות²⁵. מה הסיבה להגבלה זו? בשאלתה, סברה הגמרא כי ההגבלה מקורה בתקנת אושא, ולהלן עוד נדון בגורמיה של התקנה; במסקנה, אין הכרח בזהות בין המשנה לבין תקנת אושא:

18. הבטויים נזכרים כנראה לראשונה במשנת יבמות פרק ו' מ"א ("אלמנה לכהן גדול" וכו'), וראה לעיל בשער ירושה ע' 113.
19. ראה דברי מהר"ק (שו"ת שורש י"ח ענף ז') כי בעל בנכסי צאך-ברזל כלוקח — לכולי עלמא.
20. ר' שם במשנה באבחנה בין עבדי מלוג שאינם אוכלים בתרומה "זאם מתו מתו לה, ואם הותירו הותירו לה", לבין עבדי צאך-ברזל.
21. כפי שהארכנו לברר בשער השני, עיי"ש.
22. ירושלמי כתובות בפרק ד הלכה ו' (כח ד) ובתק"פ, לעיל ע' 403 ואילך.
23. כתובות מז ב. בתק"פ ע' 405.
24. בבלי כתובות מח ב; והארכנו בכירורו של עניין זה בשער הראשון, עיי"ש.
25. אפשטיין (שם) בע' 71 הערה 6, מאריך לבאר את המשנה באופן חדש, ולדעתו עיקר דינה של המשנה אינו באבחנה כאשר לזמן המכירה אלא באבחנה כאשר לזמן שבו נפלו הנכסים לאשה, והוא מביא ראיה לדבריו מן הבטוי בגמרא "בזכותו נפל" וכן מן הירושלמי (לב א) "משנתארכה — לזכותו ולזכותה נפל", אך ראה מש"כ הגר"ש ליברמן בתוספתא כפשוטה לכתובות (ע' 306 הערה 1) שיש לפרש הירושלמי כרש"י לפנינו, ואכמ"ל. ומכלל דברי אפשטיין נראה שהוא מפרש את ההגבלה שהטילה המשנה על האשה משום כניסתו של הבעל כשותף לנכסים (מעין "אין קנין לאשה בלא בעלה" — קדושין כג ע"ב), ובלא קשר לזכות אכילת פירות או מכת תקנת אושא. אלא שאם כדבריו אין צורך בתקנת אושא מכל וכל, ולא מצינו בשום מקום נורמה כזאת של בעל השותף בנכסי אשתו (במקורות התנאיים: להלן ברצוננו להראות שאמנם הייתה מעין התפתחות כזאת, אבל מאוחרת כדבריהם) מעצם זיקת הנישואין שביניהם ואנו אין לנו אלא הגמרא הזאת, שפירושה ניתן לעיין ודבריה לכירור, אבל לא לדחיה גמורה, ודבריו של אפשטיין דחוקים מצד עצמם בכמה מקומות, עיי"ש. וע"ע אצל פרופ' הלבי "מקורות ומסורות" ע' ר"כ שדן בשאלותיהם של רבי יהודה ורחב"ע ובדין עליהם בבבלי שם, וכן דן בכך מהר"ש ליברמן הנ"ל.

המשנה דנה בזכות אכילת פירות שיש לבעל בנכסי מלוג, וכדי למנוע הפקעת זכות זו מן הבעל, מבטלת כל עיסקה המעבירה את הבעלות על הנכסים מן האשה; מסתבר על כן, כי הגבלה זו היא זמנית — "בחייה", והיא בעצמה מוגבלת לתחום אחד — "ולפירות", ואין הבטול אלא לענין זה שיכול הבעל להמשיך ולאכול מפירות הנכס אף לאחר שנמכר וכמשך כל חיי האשה;

לעומת זאת, עוסקת תקנת אושא בזכות הבעל לירושה בנכסי אשתו, ועל כן מבטלת התקנה מכירה שבאה למנוע ירושה זו — "בגופה של קרקע, ולאחר מיתה"²⁶. ואם כן הוא, שוב הדרה קושיין לדוכתה: מדוע לא גזכרה תקנת אושא במשנה? ואפשר לומר בפשטות, כי תקנת אושא אמנם היא היא הנזכרת במשנתנו ונכללת בה, אלא שדיחוי הגמרא הוא כי אין הכרח לומר כן!

אבל מאידך, האמנם יחכן לומר כי ב"ש וב"ה מודים שיוציא הבעל מן הלקוחות, ושוב באו חכמים באושא וחזרו והתקינו כן?

ואולי י"ל, כי נחלקו חכמים במשנתנו במועדי הנפילה, והיו שחילקו בין נכסים שנפלו לה לפני האירוסין ואתריהם ואחרי הנשואין וכו', ובאו חכמים באושא והתקינו באופן כולל וקבעו זכותו של הבעל להוציא תמיד; ואמנם כך הביא הבבלי²⁷:

"רב ושמואל דאמרי תרווייהו: בין שנפלו לה נכסים עד שלא נתארסה ובין שנפלו לה נכסים²⁸ משנתארסה ונשאת — הבעל מוציא מיד הלקוחות. כמאן? דלא כרבי יהודה ולא כר' חנינא בן עקביא? — אינהו דאמרו כרבנתינו²⁹ דתניא: דבתינו חזרו ונמנו, בין שנפלו לה עד שלא תתארס³⁰ ובין שנפלו לה משנתארסה וניסת — הבעל מוציא מיד הלקוחות"³¹.

מכל הלין מבוואר, כי תיתכנה שתי גישות להכנת המשנה: גישת הבבלי, המפרש את המשנה בענין פירות בלבד, וגישת ה"תוה אמינא" שבגמרא כי המשנה דנה בשלבים מוקדמים של תקנת אושא, והתקנה עצמה היתה אולי רק הכללה של ההלכה — "רבתינו חזרו ונמנו". בהקשר זה יש חשיבות רבה לגירסה בכ"מ כי התנא התולק בענין נכסים

26. כפי שצראה, כך מסביר הירושלמי את התקנה; לדעת הבבלי הענינים מורכבים יותר, ועוד גדון בזה לקמן ברצות ה'.

27. ע"ה ב'.

28. בד' וילנא שבידי כאן טה"ד וכתוב "נכסים": לעיל ציטטנו "ובין" עפ"י כ"מ.

29. השוה בבלי ר"ה טו ע"א: "ורבתינו נמנו באושא" וכו'.

30. בכ"מ "בין שנפלו לה נכסים עד שלא נתארסה", והוא בדיק כדברי רב ושמואל דלעיל!

31. בתוספתא כתובות בפרק ח' א: ושם הנוסח (ליברמן ע' 83): ורבתינו חזרו ונמנו [בירושלמי: חזרו ונמנו וחזרו, והוכיחו מכאן שעד 'רבתינו' לא היתה דעת ר"ג דעת יחיד]. בנכסים שנפלו לה עד שלא נשאת ונשאת — שאם מכרה ונתנה בטל, וכ"ה בירושלמי שם לב א. וראה מ"כ בזה ליברמן שם בכאורו האריך ע' 10-309.

שנפלו עד שלא נשאת ונשאת הינו רשב"ג³² ולא רבן גמליאל כיון שעפ"י גירסא זו אנחנו מתקרבים ב"רבותינו שנמנו וגמרו" לימי האמוראים, כדעתו של אלון; אחרים סבורים³³ כי "רבותינו" הנ"ל הוא ר' יהודה נשיאה, ומאחרים ברייתא זו לתקופתם של רב ושמואל ממש — או לימיו של ר' יוסי בר חנינא, ובוה חזרנו לסברתנו המקורית בענין זמנה של התקנה... מענין, בעקבות כל זאת, לראות מה כתבו הראשונים על המשנה בנקודה ספציפית זו. בשיטה מקובצת לכתובות כאן³⁴ מצינו מחלוקת בדבר:

(א) בשם הראב"ד תלמיד הרשב"א: כלומר, מפורשת היא במשנתנו ואם כן מה תקנו? ופרקינן... ואתו אינהו ופירשו דאפילו לאחר מיתתה הם של בעל, ולעולם איכא למימר דתקנת אושא כמשנתנו... וכן פירש ריב"ש, ורש"י לא פירש כן.

(ב) תלמידי רבינו יונה: ... כלומר, מה ששנינו במשנה אינו תקנת אושא, דמתניתין מיירי באשה שמכרה ועדיין היא בחיים... אבל תקנת אושא היא בגופה של קרקע ושמתה היא בחייו... אבל חכמים תקנו שהבעל יוציא מיד הלקוחות — שאם לא היתה תקנה זו כל אשה שבעולם לא היתה מנחת ירושתה לבעלה אלא היתה נותנת לבניה או לאחיה, נמצא עכשיו דמתניתין לא איירי בתקנת אושא כלל.

ולשיטת הראב"ד תלמיד הרשב"א, מצאתי עוד מקור מענין וחשוב המיוחס לרשב"א עצמו, הפעם, בשם הראב"ד (ואולי כך צ"ל גם למעלה?), והוא מסתדר בשטמ"ק לדף פ"ג, הרחק מסוגייתנו...³⁵

(ג) ואם תאמר: והא משנתנו אין לה תקנת אושא, ורבנן דבתר משנתנו הוא דתקון לה, כדאמרין לעיל בריש מציאת האשה³⁶ לימא תנינא לתקנת אושא, ודחינן "מתניתין בחייה ולפירות", ואם כן כי מכרה בחיי בעלה היכי מפיק בעל מיד הלקוחות? ותירץ הראב"ד, דאפשר דתקנת אושא מקמי ר' יוסי בר חנינא תקנוה וכימי משנתנו, אלא מפני דלא היתה מפורשת במשנתנו, והיה אפשר לפרש במשנתנו בחייה ולפירות, פירשו הם ותקנוה, ואילו היתה תקנה זו מפורשת במשנתנו, לא היינו צריכים באושא לתקן.

קטע זה מענין בהתלכטות המוכעת בו, שהיא היא ההתלכטות שלנו בקושיא (ואם תאמר) מוכן תירוץ הגמרא כאילו במוחלט תקנת אושא מאוחרת היא למשנה, ואילו בתירוץ הראב"ד מתברר כי אע"פ שכבר במשנה היתה להם תקנה כזאת, מכל מקום היא פורשה (והכרעה סופית!) רק בימי האמוראים!

32. ראה לעיל הערה 7.

33. אפשטין, שם.

34. ע"ח ב, והציטטים ולהלן כולם לפי מהדורת ציוני, תל אביב תשי"ד-תשי"ז; וכאן — ע' תתקרב, ד"ה לימא תנינא לתקנת אושא. והביא דברי ראב"ד אלה גם הרשב"א בחידושיו לכתובות (מהד' הרש"ר, ירושלים תשל"ד) ע' רמט, עיי"ש [המהדיר שם לא שם לבו לטעות שצויינה לקמן, הע' 36]. גם הרא"ש בחוספותיו לכתובות (מת' וילמן ע' צ"ג ד"ה אימא) מביא דעת הראב"ד, אך בעצמו מסביר אחרת, עיי"ש.

35. שטמ"ק פג ב, ע' תתרטג ד"ה ואימא מפירי.

36. כנראה שזו טה"ד, וצ"ל בריש האשה שנפלו.

וכי"ב גם העלה רבינו ישעיה די טראני (בעל תוס' רי"ד) בספר המכריע³⁷:
 (ד) "וקשיא לי, כיון דתקנת אושא היתה קודם לרבי טובא, כדמוכח בעשרה גלויות שגלתה סנהדרין, וקיימא לן כי היא תקנתא היכי לא תני לה רבי במתניתין? ונראה לי דהאי דתני "מכרה בטל" — סתם קאמר, בין בחייה ולפירות בין בגופה ולאחר מותה, והאי דמוקמינן מתניתין בחייה ולפירות — דחייתא בעלמא היא דדחינן, דלא תילף במתניתין לתקנתא דאושא; אבל מיהו כיון דקיימא לן כתקנתא דאושא אית לן לפרוש מתניתין דסתם קאמר ואפילו לאחר מיתה.

[ובספר "שערי תורת התקנות" לר"מ בלאך כרך ג' ע' 257 מביא בשם השטמ"ק לתכונות פרק "האשה שנפל" כדברים הבאים (ולא מצאתים במהדורות הדפוס שהיו לפני והדבר עדיין צריך בדיקה; ושמא ציטט בע"פ עפ"י אחד הקטעים שהבאנו לעיל?):
 (ה) ואפשר דמתניתין אית ליה תקנת אושא, והא רבי דמסדר המשנה בטר תקנת אושא הוא, והולכי אושא³⁸ קדמי כמה שנים לרבי, אלא דאנן לא אמרינן אלא דלאו הכרתא הוא דמתניתין אית ליה תקנת אושא, אבל אפשר דאית ליה וכו', ע"כ].
 דומה כי מכל האמור אפשר בהחלט לצדד בגישתו של אלון, ולראות בריב"ח לא מוסר קבלה תנאית, אלא מוסר תקנה שנתקבלה בכנוס שנערך בימיו ובהשתתפותו³⁹, ודומני כי נוכל לראות בגישה זו פתרון לעוד כמה ענינים שיועלו בהמשך הדיון⁴⁰.
 וכך מצאנו בתשובתו של הראב"י בעל האשכול⁴¹:

"... ואי זכינת אידי ומיתת בהי בעל, אתי הבעל ומפיק בתקנתא

דר"י בר הנינא...⁴²"

37. ד"צ מונקאטש תר"ס (ירושלים תשל"ד), סימן מ"ו. בכמה תיקונים ושנויים נדפס טימן זה והוכח גם ע"י בעל שבלי הלקט (ח"ב, מהד' חסידה, ד"צ ירושלים תשכ"ט) ע' רלו.
38. לא תיב, כמובן, להיות קשר בין "הולכי אושא" לבין מתקני התקנה דידן; דומה כי גם אלון לא דק בזה, וראה לעיל ע' 489 בהערה 21.
39. כלומר, אם נקבל דעתם של הראשונים הסבורים (כרש"י ותר"י, (ב) לעיל) שתקנת אושא אמנם איננה במשנה: לדעתם של הראב"ד והרי"ד יתכן שריב"ח רק בא להדגיש את קדמותה של התקנה (ויש להדגיש המלים "באושא התקיננו") — כמפרש, ולא כמוסר, ולפי"ז לעולם היא תקנה תנאית, אלא שבמשנה לא נתנסחה כתקנה במפורש — אלא כהלכה פשוטה.
40. ודוגמא אחת — שלא במישרין מענין תקנתנו שלנו: ע"י בבלי כתובות מט ב בתקנת מונתה למי שכתב כל נכסיו לבניו, ושם "מתקף לה רבי זירא ואיתימא רבי שמואל בר נחמני: גדולה מזו אמרו "אלמנתו נזונה מנכסיו" — הוא ואשתו מבעיא? דשלח רבין באגרתיה... אלמנתו נזונה מנכסיו... וכו'. וכבר הקשו, הכיזד מקשה רבי זירא מאגרתו של רבין על תקנת אושא — הלא בודאי שהתקנה קדמה לרבין? ולפי"ד אולי ניתא, שרבין היה בתקופת תקנת אושא (ראה אצל אלבק ע' 352 שהוא מוסר בשם רבי יוחנן ואף בשם ר' אילעא שראינוהו מוסר הרבה תקנות אושא), ואם שלח באגרתו תקנה שיש בה יותר ממה שתקנו באושא, א"כ מה פשר התקנה באושא? ועי' ב"מקורות ומסורות" לפר"ד. הלבני ע' קצד ואילך מה שנדחק בפירוש הסוגיא.
41. "ספרן של ראשונים", מהדורת הרב פרופ' ש. אסף ירושלים תרצ"ה, ע' 17-18, וחלק מן השאלה והתשובה גם בשו"ת הרשב"א ח"ה סימן פ"ג.

ובמפתיע, גם בתשובת גאון בנוסת דומה — ושונה⁴³:

”...ראי נמי דזבין איהו ומית, דאזיל איהו ומפיק בתקנתא דרבנן⁴⁴
וכי דרבי יוסי בר הנינא...“⁴⁵.

נסתפק בשלב זה במה שהבאנו עד לכאן באשר לשאלה ההסטורית⁴⁶, ונקדיש דיוננו לכמה שאלות המתעוררות עם העיון הראשוני בתקנה עצמה.

42. הרב אסף מגיה שם “בתקנתא דרבנן וכדרכי יוסי ב”ח”, כנראה עפ”י הגמרא, אבל לדברינו יתכן שהשנוי מכוון.
43. גאוניקה מחודרת ל. גינובורג ע’ 257.
44. “נקוד על” — חזו מחיקת, כידוע!
45. עפ”י הבבלי ב”ב נ ע”א, וראה לקמן.
46. ראה לקמן בדיון בסוגיית כבארקמא ע’ 525; וע”ע בתדושי בעל הפלא”יה (מהד’ אופיבאך דף קכ”ד טור ד’) שהאריך לפלפל בשאלה אם תק”א במשנה; וכן ראה בחוס’ ר”ע איגר למשנת כתובות פ”ד מ”ד שהקשה מדוע לא שנינו במשנה שם (“יתר עליו הבעל” — לעיל שער תק”פ ע’ 363) שהבעל יתר על האב לענין תק”א, ותירוצו שהמשנה עוסקת בכללים ולא במרטים נראה דחוק. וע”ע בשירי קרבן על הירושלמי פ”ט.

פרק שלישי

מתי מוציא הבעל מיד הלקוחות?

הן הלשון והן הענין מוקשים: הקרקע ביד הבעל היא, לפירושה, גם לפני תקנת אושא ("מתניתין בחייה ולפירות"), ועל כן מה יש לו לבעל ל"הוציא"? זאת ועוד: מה בעצם תיקנו חכמים באושא: שיהא מכרה של האשה בטל לגמרי ומעיקרו, והבעל "מוציא" מיד עם התברר לו עובדת המכירה; או שמא המכר מכר, ויש לו קיום ותכלית, ורק במות האשה — "מוציא" הבעל מיד הלקוחות?

נחלקו בענין זה הראשונים, ונקדים להבנת המסכת כולה את דבריו של רבינו יוסף הלוי אבן מיגאש, תלמידו המובהק של הר"ף, וראש הישיבה כאליסאנה לאחר פטירתו:

"אי נמי דזבינא איהי ומתה דאתי איהו ומפיק בתקנתא דרבנן כדריב"ה דאמר באושא התקינן האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות — לפי שמעיקר הדין, אע"פ שיש לו פירות נכסי אשתו בתקנתא דרבנן כל זמן שהיא בחייה, אם קדמה ומכרה הגוף ואח"כ מתה קנה הלוקח ואין לו לבעל כלום לפי שמכרה אותו ולא הניחה לו מה שיירש ממנה, ואע"פ שבשעה שמכרה אותו ברשות הבעל היה לפירות, בדתנן בפרק האשה שנפלו לה נכסים נפלו משנישאת אלו ואילו מזדים שבעל מוציא מיד הלקוחות ואמרין עלה בגמרא 'מתניתין בחייה ולפירות', הא איפטיקא הלכתא כר' שמעון בן לקיש דאמרי קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי², וכי מסתלקי ליה פירות מיהא לבעל במיתת האשה קנה הלוקח גוף הנכסים... וכיון שמעיקר הדין מכירתה מכירת הויא, עבוד רבנן תקנתא באושא, שאם מכרה שיהא מוציא מיד הלקוחות³;

1. הדברים מצוטטים על פי פירושו של ר' זכריה בן יהודה אגמאתי לר"ף (ולא כפי שסבר המהדיר שם בהקדמה שהוא פירוש לש"ס הבבלי, וכמותו טעה הרב מאיר בן שם במהדורתו על ברכות, "ספר הנר", ירושלים תשי"ח) בכ"י, שפורסם בפקסימיליה ע"י המוזיאון הבריטי, לונדון 1961, עם הקדמה מאת אוצר המוזיאון לכתבי יד ודפוסים מזרחיים יעקב לוין, על ב"ב דף נ', ע' 216-217; הקטע כולו נמצא בשנויים מועטים בשטמ"ק לב"ב שם.
2. ע' לקמן ע' 4-523.
3. בשטמ"ק: שאם מכרה ומתה שיהא הבעל מוציא וכו'.

והאי ראמריןן שהבעל "מוציא" מיד הלקוחות, לאו מכלל דבחייה ברשות לוקח ניהו אלא, לפי שכל זמן שהיא בחיים יש לומר שהבעל⁴ ימות קודם⁵ אשתו וקנה לוקח, ונפקא מינה שאם רצה הבעל לבנות או לסתור או לשנות אותו קרקע ממה שהוא הלוקח מעכב עליו, וכיון שכן נמצא שלא נסתלקה רשות הלוקח ממנו אלא במיתת האשה עכשיו תחת בעלה... ועוד, שכיון שמעיקר הדין מטעה שמתה אשה קנה לוקח אותן נכסים לאלתר — אע"פ שהדין הן תוזרין אצל הבעל בתקנת אושא, מכל מקום 'הוצאה' מיד הלוקח מקריא, שהרי מעיקרא⁶ נתרוקנו לו הנכסים מטעת מיתת האשה וקנה אותן קנין גמור, ולהכי אמרינן שהבעל מוציא מיד הלקוחות".

מדבריו של הר"י ר' מיגאש מתבררות הנקודות הבאות:

- (א) ה"לקונה" — מעיקר הדין מכירתה של אשה יש לה קיום, והמכר חל מרגע מותה של האשה (מעין מכירה "מעכשיו ולאחר מיתה"), וכך היה הדין עד לתקנה;
- (ב) קנין פירות של הבעל אינו מסמיך את הבעל לעכב מכירתה של האשה לאחר מיתה, והלכה נפסקה כריש לקיש שקנין פירות אינו כקנין הגוף;
- (ג) אם מת הבעל בחיי אשתו, קנה הלוקח מיד;
- (ד) כל עוד שני בני הזוג בחיים, יכול הלוקח לעכב את הבעל לשנות משהו בנכס ממה שהיה, ומה שהבעל "מוציא" הוא רק לאחר מות האשה⁷.
- בעקבות הר"י מיגאש הולך הרמב"ם תלמידתלמידו⁸, ונביא דבריו בהלכות אישות בשלמותם כאן, אע"פ שבחלקם אינם ענין לדין שבפנינו:

"כל נכסים שיט לאשה, בין נכסי צאן ברזל בין נכסי מלוג, הבעל אוכל כל פדותיהן בחייה ואם מתה בחיי בעלה יורש בעלה הכל; לפיכך אם מכרה האשה נכסי מלוג אחר שנשאת, אע"פ שאותן

4. בשטמ"ק: שמא הבעל.

5. בכח"י נוסף בין השטין "שתמות".

6. בשטמ"ק: מעיקר הדין.

7. ועפ"י הבאתו של המאירי (כתובות, מהד' סופר, ע' 337) אפשר להוסיף מסקנה (ה): אם מתעורר ספק מי מת קודם (הבעל או האשה) — נכריע לטובת הלוקח, כיון שהוא ה'מוחזק' וראה בהערת המהר"ד שם (ס"ק י"ב), שכן גם הכריע הפרישה (באהע"ז סימן צ').

8. ליחוס הרמב"ם לר"י מיגאש, ראה בתשובת הרמב"ם המפורסמת בענין פייסהכהנים (תשובות ורמב"ם מהדורת פריימן ס' שמו"ח ע' 312): "ומצאתי בקונטרסי אבא מארי ז"ל בהם דיבורים מן רבי יוסף הלוי רבו וצ"ל... וראה בשו"ת תשב"ץ ח"א ס' ע"ב, וע"ע ב"אוצר החיים" לרב חיים מיכל (רח"ם) (מהדורה שניה, צילום, ע"י מוסד הרב קוק, ירושלים תשכ"ה) בסימן 1103 ע' 525.

הנכסים נפלו לה קודם שתתארס, הבעל מוציא הפירות מיד הלקוחות כל ימי חייה אבל לא גוף הקרקע, שאין לו כלום בגוף נכסי מלוג עד שתמות;

מתה בחייו — מוציא הגוף מן הלקוחות בלא דמים, ואם הדמים שלקחה מיד הלקוחות קיימין בעצמן, מחזירין ללקוחות, ואינו יכול לומר שמא מציאה הן. במה דברים אמורים, בנכסים הידועים לבעל, אבל אם נפלו לה נכסים במדינה אחרת ולא ידע בהן הבעל ומכרה אותן — מכרה קיים⁹.

ולענינינו: הבעל מוציא מן הלקוחות לאחר מות האשה, ורק אז: כל עוד האשה יושבת תחת בעלה, הלוקח רשאי לראות את עצמו כבעלים לגוף הקרקע, ורשאי לעכב את הבעל מלהכניס שני מהותי כלשהו¹⁰.

(והערת אגב: בהלכה ח' פוסק הרמב"ם כרבי שמעון במשנתנו — אבל מרחיב את ההלכה גם לתקנת אושא; כיון שבשום מקום בגמרא לא נזכרה הכללה שכזאת, יש מקום לעיין בשאלה — האם סבר הרמב"ם כי עיקרה של תקנת אושא באמת כן נשנתה במשנתנו? ואי"ה עוד נשוב לדברים לקמן, בדיון על גורמי התקנה ומקורותיה ההלכתיים¹¹).

ונראה כי לדעת הרא"ש בהלכותיו יש לפרש את הענין אחרת¹²:

"אריב"ח באושא התקינו האשה שמכרה בנכסי מלוג בחייו בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות, ושוויה רבנן כלוקח ראשון, הלכך מוציא בלא דמים, ו"מוציא" — לאו דווקא, דכל ימי האשה הקרקע ביד הבעל ואוכל פירות והיא מוכרת¹³ הגוף מעכשיו והפירות לאחר מיתתה¹⁴ והבעל מוציא מיד הלקוחות¹⁵ הגוף שמכרה לו מעכשיו וישאר אצלו; ואי איתנהו להנהו דמי דשקלה איתתיה מהדר להו ללוקח דגזל חון, כיון דהמכר לא הוה מכר... ואס¹⁶

9. פרק כ"ב מהלכות אישות הלכות ז' ח'.

10. עכוב זה אינו מפורש ברמב"ם (אע"פ שמפרש אצל הר"מ לעיל), אך ניתן להילמד מדבריו שאין לבעל כלום בגוף נכסי מלוג עד שתמות. ור' לקמן ע' 503.

11. לקמן ע' 530.

12. כתובות פרק ד' סימן י"ו. ציטטנו בפנים עפ"י דפוס וילנא, ונדרשום להלן כמה שנויי נוסח עפ"י דפוס ונציה רפ"א (יצא לאור במהדורת צילום, הוצ' מקור, ירושלים תשל"א). וכן הוא בתוספתיו ליבמות ס"ז ע"ב (ד"צ, נידיווק תש"ב), עיי"ש.

13. בד"ו הנ"ל — מכרה.

14. בד"ו — מיתה, ונראה נכון כי גם עם מות הבעל זוכה הלוקח בפירות!

15. בד"ו — הלוקח.

16. בד"ו — ואם לא, וכנראה שהיא טעות-סופר, שכן אין למשפט כל הגיון כד.

נמצאו מעות בידה אנו תולין שדמי מכר זה הן ולא מיני בעל למימרו דלמא מציאה אטיכחה¹⁷.

משמע מדברי הרא"ש, כי אין למכר קיום כלל, ופירוש "מוציא" אינו אלא שאין הלוקה זוכה בקרקע כלל, וכן פירשו הרשב"א¹⁸ והריטב"א¹⁹, והמאירי²⁰ הזכיר פירוש זה כי "מוציא" — מיד זכותן קאמר, ואין כאן הוצאה ממש.

(דרך של פשרה הזכירו הראשונים בעקבות תירוץ תוספות²¹ כי התקנה עוסקת בבעל שכתב לאשתו "דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהם ובפירות פירותיהן" וכו' — ואז פשוט כי "מוציא" ממש קאמר... אבל עוד נעסוק בדברי תוספות אלה במקומם ברצות ה')²².

וכדברי הרא"ש כתב בנו, רבינו יעקב בעל הטורים, בצורה המעמידה את המחלוקת באופן בולט ותד²³:

"כיון שהבעל יודש את אשתו, אינה יכולה למכור שום דבר מנכסיה, ואם מכרה אחר שניסת, בין אם נפלו לה קודם אירוסין וכו' הבעל מוציא מיד הלקוחות, שעשו אותו כלוקח בנכסיה — והוא לקח תחילה, לפיכך מכרה בטל לאלתר, שהוא מוציא מיד הלוקה הגוף ופירי; אלא לענין זה הוא מכר²⁴ שאם תתאלמן או תתגרש

17. וראה במרדכי ליבמות פרק אלמנה לכ"ג (רמז ס"ג) שהביא מחלוקת הראשונים דגן בין רש"י ("שהרי כל זמן שהיא חיה אינו יכול להוציא") לבין ר"י ("אבל ר"י פירש דבטל מיד"), ולפי"ז אין זו שיטה מקורית של הרא"ש, אלא שיטת ר"י שקדם לו, ועדיין לא מצאתי דברי ר"י אלה במקום אחר, ושנא לא יגעתי כל הצורך.

18. ראה בחידושי לכתובות נ' ע"א (ע' קמ"ח במהד' הרש"ל), וכן הובא בחידושי הר"ן על הרי"ף כאן, דף י"ח במהדורת וילנא ד"ה האשה. וצריך לי עיון קצת ממה שמצאתי בשו"ת הרשב"א בחלק החמישי סימן ע"ט, וזה לשונו: "עוד השיב: האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה והוציא הבעל מיד הלקוחות ואחר כך מת הבעל בחייה, הנכסים חוזרים ללוקה..." — האם יש לפנינו עדות על מנהג מקובל, או שמא היה בזה מקרה יוצא דופן? ור' לקמן ע' 506.

19. ריטב"א על בבא בתרא, מהדורת בלוי, גיריורק תשכ"ו, ע' 188.

20. בית הבחירה על מסכת כתובות, מהדורת א. סופר, ירושלים תש"ז ע' 184, והזכיר גם שיטת הרמב"ם דלעיל ופסק כמותה בפ"ח (ראה שם ע' 333, 337).

21. ד"ה הבעל מוציא מיד הלקוחות, ושם נסמן.

22. קצת קשה לי ממה שכתב הרא"ש על דברי אמימר בכבלי ב"ב דף נ' (פ"ג סימן נ"ג): "... והאי דנקט גמרא דידן דזבין איהו ומת אחיה איהו ומפקא, אע"ג שהוא הדין היכא דמתה היא דאיהו מפיך ואפילו לאלתר מכרו בטל. משום דעיקר חדוש דברי אמימר לאשמועינן דאשה שמכרה הבעל מוציא מיד הלקוחות, והתם דווקא כשמתה, אבל כשמת הוא מכרה קיים..." ומכאן שלדעת הרא"ש עיקר תקנת אושא היתה כדעת הרמב"ם, ואמימר הוא שחידש שהמכר בטל מיד? (ואין לפרש כי "התם" הכוונה לאמימר, ושהוא תיקן כי המכר יכול רק עם מות האשה — כעוד שתקנת אושא בטלה את המכר מיד — כיון שכך הקושי עוד גדול יותר), וצ"ע.

23. טוד אבן העזר הלכות כתובות סימן צ', דף קלא א במהדורת וארשא תרמ"ב.

24. מ"מ וכ"ף סגולות.

יחזור ללוקח²⁵, ואם תמות בחייו יטאר בידו²⁶; והרמב"ם כתב
 'הבעל מוציא מיד הלוקח פירות כל ימיה'²⁷ אבל לא גוף הקרקע...
 וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא הראשונה²⁸.

דבריו של הר"י מיגאש שהבאנו לעיל (שהלוקח יכול לעכב על הבעל מלשנות, לבנות או
 לסחור בקרקע הנידונה) לא נזכרו להלכה, לא ע"י הרמב"ם²⁸ ולא ע"י הטור, וכנראה שאף
 לא היו בפני מפרשי הטור והשולחן ערוך, שכן דברים דומים מביא הרמ"א בשולחן ערוך²⁹
 בשם הנמוקריוסף בפרק חזקת הבתים:

25. בעל בית שמאל (ב"ש) על שו"ע אהע"ז שם סקל"ט הקשה לשיטת הטור והרא"ש 'צריך לי עיון למה
 באמת המקת קיים אחר מיתתו, כיון השתא אין בידה למכור' וכו', שהרי זה כמו דבר שלא בא לעולם,
 או ליתר דיוק "דקיימא לן שאין אדם מוכר דבר שאינו ברשותו!"

וראיתי להרב א' סופר בהערותיו למאירי כתובות (ע' 184 הערה ג) שהביא קושית הבי"ש, והזכיר
 שתירצה בעל הפלא"ה בקונטרס אחרון, ובעצמו רוצה לומר שהדבר נקבע כך בעצם תקנת אושא
 (ולמ"ד ק"פ לאו קה"ג דמי, כמו שנראה להלן), ולענין מן ההכרח לומר כן, שאם לא נתקיים כל מבר
 מעיקרו — אין מקום כלל לניסוח "הבעל מוציא", והיה צריך להיות "מכרה בעל", אלא על כרחך שכך
 תיקנו חכמים (לשיטת הרא"ש והטור) שהיא למכר בעצם קיום מצידו הפורמלי-חוקי, אלא שבאושא
 התקינו שיוכל הבעל לבטלו מכל צדדיו המעשיים — ולאחר — חוץ מן המכירה שתקיים אם יקדים
 הבעל את האשה במותו, ודו"ק. [להעיר מהרמ"ד לקמן עמ' 506 ועוד, שמתוירים את המעות ללוקח,
 משמע שהמכר בטל (לפחות מכאן ולהבא ואולי למפרע). — א.כ.א.]. וראה להלן בע' 555 שהארכנו
 באופן אחר.

26. ביד הבעל (פרישה שם).

27. לפנינו ברמב"ם הגירסה שונה; ומשערינו כי הטור ציטט לשון הרמב"ם מן הזכרון ולא דק, ומי' התוכן
 אחר.

28. בשיטת הרא"ש, נלענ"ד שאין כאן מחלוקת עקרונית עם הרמב"ם, דגם הוא מודה שהמכר קיים לענין
 שאם ימות הבעל יקנה הלוקח. (ולכן המעות יחזרו ללוקח רק כשתמות האשה, ע"י השרת הרב סופר
 למאירי עמ' 185 אות ד'). והבדל הניסוח ביניהם, שהרמב"ם הדגיש את הצד המשפטי והרא"ש את הצד
 המעשי שהרי הבעל אוכל פירות ולמעשה הקרקע ברשותו.

ומהצרת הר"א סופר הנ"ל מוכח שהרא"ש אינו סובר כר"י (בהערה 17), ובוה מיושב גם הצ"ע
 שבהערה 22.

ומעתה גם שיטת התוס' (בראש עמ' 501) אינה "פשרה" אלא הם הם הדברים: מבחי' משפטית המקח
 קיים, וכיון שהסתלק מהפירות יש לקנין משמעות גם מבחי' מעשית, והלוקח אוכל פירות וכשמתה היא
 מוציא הבעל את ירושתו — לקיחתו ה'ראשונית'.

אבל מדברי הטור במחלוקת רמב"ם ורא"ש מוכת שיש כאן מחלוקת עקרונית. — (א.כ.א.).

28. ר' לעיל הע' 10.

29. שולחן ערוך אברהעזר סימן צ' סעיף ט' בסוף ההג"ה; והמחבר (מהר"י קארן) ניסח סעיף זה בלשון
 הרמב"ם, והרמ"א שם בתחילת הסעיף מעיר על דעתם החולקת של הרא"ש והטור, ולפי זה קשה קמצא
 שאם פוסק הרמ"א כמותם, אינו יכול לפסוק כבעל הנמוקי' והר"י מיגאש שהלוקח יכול לעכב! ושמא
 י"ל שלעולם אין הרמ"א חולק על השו"ע בעיקר דינו (כרמב"ם) אלא רק הוכיח כי יש לפנינו גם מי
 שחולק, ולעולם הדין אמנת שיכול הלוקח לעכב.

יכול ימי חייה אם הבעל רוצה לבנות או לסתור בקרקע הלוקח יכול למחות³⁰."

וכן הביאם הרב יושע ולק כ"ץ (בעל סמ"ע על חו"מ) בפירושו "דרישה" על הטור שם³¹, וזה לשונו:

"ועיין לקמן בחו"מ סימן רי"ב שכתב רבינו בשם הרמב"ם ז"ל ומה הפרש יש בין הקונה קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה, שהקונה אותה לפירות אינו יכול לשנות בעזרת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס, אבל הקונה לזמן קצוב הרי זה בונה והורס ועושה בכל זמן הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם עכ"ל³². נמצא דגם זה הוא נפקא מינה, דאם ישאר לבעל גוף הקרקע בידו הו"ל כלוקח על זמן קצוב דהיינו כל ימי חייו אשתו ועדיף מיניה דאפשר שיסאר בידו וביד זרעו לעולם, משא"כ אם אין לו אלא הפירות דדינו כלוקח לפירותיה...³³."

אלא שבעל הדרישה אינו מסתפק ב"נפקא מינה" זו, והוא מציע עוד שני הבדלים הלכה למעשה בין שתי השיטות, בחלק השני של פירושו לטור — הלוא הוא ה"פרישה"³⁴:

"ואם תאמר, מאי ג"מ אם הגוף שלו או לא והא הוא אוכל הפירות?³⁵ — וי"ל דג"מ ללוח או לערב או למלוה כמבואר בחו"מ סי' ס"ד³⁶. וגם אם נפל הבית עליו ועל אשתו ואין ידוע מי מת תחילה, יש ג"מ שהקרקע בחזקת הלוקח ויורשי הבעל צריכין להביא ראיה שהאשה מתה תחילה, לאפוקי שאם היה הגוף בחזקת הבעל הלוקח היה צריך להביא ראיה שהבעל מת תחילה אבל אין לומר דג"מ דמי שהגוף בחזקתו יכול לשטוח בה פירות ולדור

30. ובחלקימתוקק שם ס"ק ל פוסק שגם האשה בעצמה יכולה למחות, אך בהגהות רעק"א שם ס"ק ג כתב שהסמ"ע בחו"מ סימן רי"ב סק"ג כותב שהיא אינה יכולה למחות, עיי"ש ואכמ"ל בזה.
31. אהע"ז סימן צ' ס"ק ד'.
32. רמב"ם הלכות מכירה פכ"ג הלכה ו', והראב"ד משיג שם וע' במ"מ.
33. ובהמשך דבריו מקשה על הרמ"א בדומה למה שהקשינו לעיל הערה 29, וראה מש"כ בזה הב"ש בסקל"ז.
34. ס"ק ל"ד שם.
35. וכמוכן שמבחינת הסדר הכרונולוגי-לימרי, היה עלינו להביא דברי הפרישה ברישא (ר' למעלה בדר"שה 'זגם זה הוא נפ"מ'), אלא שכיון שלמעלה עסקנו בראשונים וברמ"א, בענין בונה וסותר, ראינו להשלים כך.
36. דיני שמיטת כספים, שאין כותבים פרחבול אלא על הקרקע (שם סעיף כ"ב).

בתוכה, משום דזה נקרא גם כן אכילת פירות — והבעל שאוכל הפירות יש לו לעשות דברים אלו שהם בכלל אכילת פירות³⁷.

והרב בעל ביתחדש (ב"ח) הקשה על שאלתו של הסמ"ע בענין ה"נפקא מינה" שכן בודאי שיש הבדלים רבים בהלכה בין מי שהוא בעלים חוקי על נכס ואף ללא זכות שמוש, למי שאין בידו אלא אכילת פירות לבד, ואלה דבריו³⁸:

"הקשה מהר"ך³⁹... וגדחק דנ"מ לענין כתיבת פרוזבול... ולא ידעתי מי דחקו לזה דוקא הלא לכמה דברים איכא נפקותא לענין מציאה שזכתה לו רשותו ולענין משיכה שצריך שימשוך לרשותו ולענין כליו של מוכר ברשות לוקח או איפכא וכן לענין זרק לה גט לרשותה אם היה הלוקח אשה וכן לענין דינא דבר"מ צדא והלוקח טרה אצל טרה זו מסלקו ללוקח מדינא דכ"מ ועוד לכמה דברים..."

מחלוקת ראשונים זו יש לה כמה וכמה הדים נוספים, כגון בסוגית המפקיד⁴⁰ — וממנה בשולחן-ערך חושךמשפט סימן ק"ג, ושם בהערת אגב מזכיר בעל שפתי כהן (ש"ך) כי לדעתו הרמב"ם איננו חולק על הרא"ש בענין הוצאת הנכסים, והוא חולק בזה על הטור⁴¹; מאידך סבור בעל קצות-החושן שם⁴² כי אע"פ שנחלקו הראשונים אם מוציא הבעל מיד או רק לאחר מיתה, מכל מקום דעת הכל היא כי אין הבעלות המשפטית על הנכסים ביד הבעל, והראיה כי עבדי מלוג אינם יוצאים בשן ועין לבעל⁴³ — ובדומה העיר גם רבי פנחס הלוי איש הורוויץ, רבה של פרנקפורט בספרו הפלא"ה⁴⁴ כי אע"פ שהבעל מוציא מיד הלקוחות מכל מקום יש לאשה כל מיני זכויות בקרקע, כגון לכתוב עליה פרוזבול וכדומה, ועל כן מדוע לא תהא זכאית למכור זכויות אלה — ובכך קשה על האחרונים שהזכירו את כל פרשת ה"נפקא מינה" אם הנכסים יוצאים מן הלקוחות מיד או לאחר מיתה — מדוע יוכל הבעל להוציא מיד הלקוחות מה שבאמת שייך לאשה והיא מוסמכת למכרו?

כמה רמזים לדעות שבכאן מצאנו בדברי גאונים וראשונים אחרים, ונביאם כאן להשלמת התמונה.

37. ועי' בפרישה לקמן סקל"ו ובי"ש שם סקל"ו עוד נפ"מ בענין הדמים, ויובאו אי"ה הדברים להלן בפרק הרביעי.
38. בקונטרס אחרון לסימן צ' הג"ל, ובמהד' וארשא בסוף ת"ב ע' קכ"ב.
39. מורנו הרב ולק כ"ץ, והוא בעל ורישה ופרישה וסמ"ע.
40. להלן ע' 534 ובהערה 14.
41. ש"ך שם ס"ק כ'.
42. ועוד נעסוק בדבריו, לקמן ע' 531.
43. ב"ק פט א, וראה לקמן.
44. הפלאה על כתובות (שם הספר במקורו, "כתובה", ונחלק לשניים: ח"א על מס' כתובות ונקרא הפלאה, ובסופו קונטרס אחרון על שו"ע אח"ע הלכות כתובה, וח"ב נקרא המקנה, והוא חידושי קידושין וק"א על שו"ע בסימנים בהלכות קידושין; מהדורה ראשונה נדפסה באופיבאך, תקמ"ו), ק"א סי' צ.

(א) בשו"ת הגאונים שערי צדק ד' ד' נ"ז⁴⁵ מביא הגאון אגב ענין אחר: "כך שנו חכמים: אין האשה יכולה למכור כתובתה בחיי בעלה, ואפילו מכרה נכסי מלוג בחיי בעלה — בעל מוציא מיד הלקוחות..." — ולכאורה, כיון שכרך יחד מכירת כתובה ומכירת נכס"מ, א"כ דינם שוה, וכמו שבכתובה בודאי מדובר בחיי הבעל והאשה, כך גם במכירת נכסי מלוג... ואין זו ראייה, כמובן, אבל "זכר" איכא.

(ב) רבינו יהודה בן נתן, תלמיד רש"י וחתנו, כתב כנראה פירוש על מס' כתובות, ומהרי"ן אפשטיין כינס את הדברים עפ"י השיטה מקובצת בשם "רש"י במהדורה קמא"⁴⁶, והוא כותב שם⁴⁷: "דכיון דתנא הבעל מוציא מיד הלקוחות לאכילת פירות, והוא הדין דמוציא מיד הלקוחות לאחר מיתה, דשוויה רבנן לבעל לוקח ראשון, וכיון דתנינן לה במתניתין — מאי תקנת אושא איכא⁴⁸? — ומשני, מתני' דקתני הבעל מוציא מיד הלקוחות בחיי אשה, אבל לאחר מיתת אישה הדרא ארעא ללקוחות והדרי פירי, ובאושא תקון דמוציא גוף הקרקע לאחר מיתת האשה, ובעל יורש"⁴⁹ תרי".

מדבריו משתמע בבירור שאין תקנת אושא מוציאה את הנכסים מיד הלוקח אלא לאחר מות האשה, ואין צריך להגיה כחצעת פרופי אפשטיין, וכן כותב הריב"ן לפני כן, בסוגית כתובות דף נ' ע"א⁵⁰:

"הבעל מוציאה מן הלקוחות, דלוקח ראשון היה הבעל בחיי אשתו והיתה קנויה לו לפירות וקנין פירות בקה"ג דמי, לפיכך נמי לאחר מיתה שהוא יורשה — טורפה מן הלקוחות, וכך היתה תקנת אושא

45. ע' קמ"ט במהדורת ירושלים תשכ"ז; התשובה שלפניה מיוחסת לרב נטרונאי גאון, ואולי גם זו מאותו קובץ ולאותו גאון.

46. פירושי רבינו יהודה בר נתן, לכתובות, עפ"י "מהדורה קמא" שבשיטה מקובצת וכ"י אנטונין 287 וליקוטי פירושים אחרים, מלוקטים ומסודרים מוגהים ומבוארים ע"י יעקב נחום הלוי אפשטיין, ירושלים תרצ"ג; ומהרי"א הוכיח כי הפירוש הנזכר בשם "מהדורה קמא" בשטמ"ק הוא לריב"ן במאמר מיוחד שהקדיש לפירושי הריב"ן ברבעון תרבי"ן שנה ד' (תרצ"ג) ע' 11 ואילך, ולענין דנן ראה במיוחד מע' 16 ואילך שם.

47. ע' 62 שם, ובשטמ"ק ע' תחתקרב.

48. דבריו צריכים הסבר ואולי כוונתו כי לכאורה מה מקשה הגמרא "לימא תנינא לתקנת אושא" — מהיכי תיתי, ובהדאי מדברת המשנה רק על פירות! והוא מסביר, שכיון שזכה הבעל בפירות ונעשה לוקח ראשון עיי"ב, ברור שמוציא מן הלקוחות לאחר מיתה, כיון שזכה גם בנוף לפניהם, וא"כ לא היה צורך בתקנת אושא, מיוחדת ומתירוצו של הריב"ן (כלומר, הסברו בתירוץ הגמרא), יוצא כי בהו"א סבר המקשן כי הבעל קנה את הפירות גם לאחר מיתת האשה, ובתירוץ אמרו כי זכה בהם רק בחייה, ולכן היה צורך בתקנה מיוחדת לזכותו בנכסים לאחר מיתתה.

49. מהרי"ן אפשטיין הגיה שצ"ל כאן "לוקח", עפ"י בבלי ב"ב קל"ט ב'; אמנם להלן תראינו שאין צורך בהגהה, וגם לפני כן קורא ריב"ן לבעל יורש.

50. מהדורת אפשטיין ע' 2, ובשטמ"ק ע' תתקפב.

שיהא אדם לוקח בנכסי אשתו לטרוף לקוחות, ובפרק קמא⁵¹ מפרש אי הלכתא כי הך תקנתיה.

(ג) בשו"ת הרשב"א⁵² מצאנו תשובה מעניינת, שיש לה השלכה לבעיתנו:

"עוד הטיב: האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה והוציא הבעל מיד הלקוחות ואחר כך מת הבעל בחייה — הנכסים חוזרים ללוקח, והבי איתא בירושלמי ר"פ הכותב⁵³, דגרסינן התם מכר הוא ומתה היא מוציא מיד הלקוחות, וכן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו שהבן מוציא מיד הלקוחות ואב שמכר בנכסיו בחיי בנו שאינו מוציא מיד הלקוחות⁵⁴."

עדים אנו מכל מקום למקרה שנתרחש, ככל הנראה, במציאות — ובו הוציא הבעל — כודאי עפ"י ספק של ב"ד מוסמך — נכסי מלוג שנמכרו ע"י אשתו מן הלוקח, והבעיה המתעוררת היא אם מת הבעל קודם לאשה, אם זכו הלקוחות בנכסים: פסקו של הרשב"א, כי הלקוחות זוכים בנכסים, מגביר את הקושי שלכאורה: אם היה מכר — מדוע יכול היה הבעל להוציא מן הלקוחות לפני מות האשה, אך אם לא היה מכר — מדוע חוזרים הלקוחות וזוכים בנכס? (וכאן נוכל לשאול גם אחרת: האם ההא זו זכיה מהדש, הצריכה מעשה קנין, או שמא זוכים הם על סמך הקנין הראשון?) — ואין לומר שהיתה כאן מכירה ב"טובת הנאה" בלבד⁵⁵, כפי שכבר העיר בעל ההפלאה⁵⁶, כיון שבמקרה זה לא היה מתעורר מלכתחילה כל קושי, ואף לא היה צורך ב"הוצאה" כל שהיא מיד הלקוחות! (וראה לעיל הע' 25 בהגדרת תקנת אושא ובה מיושב הקושי).

(ד) בשיטה מקובצת על בבאקמא, בשם הרמ"ה מסרקסטה⁵⁷:

"האשה שמכרה או נתנה בנכסי מלוג הבעל מוציא מן הלקוחות ולוקח ראשון הוי. מיהו אמרו רבנותא ז"ל, דאי איתין להנהו זווי בעין, מהדריה להו ללוקח... ואי טעני תרוייהו דין תורה וליתנהו להנהו זווי בעולם, מצי לוקח לאשבועינהו לבעל ולאשה..."

51. איני יודע למה כונתו, ולפלא שלא העיר בזה מהרי"ן אפשטיין בהערותיו: ואולי טר"ד יש כאן וכוונתו לבבאקמא (ונתחלה ב"ק ב פ"ק)?
52. חלק ה' סימן ע"ט, וראה לעיל הע' 18.
53. ר' נציה דף ל"ב ע"ד, ועיין עוד לקמן ע' 555.
54. תשובה זו מצד עצמה עדיין צריכה בירור, ואין מקומו כאן.
55. במכירת הכתובה; ור' לזה בהקשר לדיוננו בסוגית ב"ק פח ב, לקמן.
56. הג"ל בהערה 44.
57. ע' תרכו, ר' מאיר הכהן מסרקסטה, הנקרא לפעמים גם בר"ת רמ"ד, חי בספרד במחצית המאה ה'י"ג. ראה עליו באה"ח לרה"ם ע' 524 סימן 1098. ויש להבדילו מן הרמ"ה סתם, שהוא רבי מאיר הלוי אבולעפיה, שנזכר אף הוא פעמים הרבה בשטמ"ק ונתפרסמו חבריו לב"ב וסנהדרין.

— דומה כי שוב עדות ברורה ביותר לפנינו, כי הבעל מוציא מן הלקוחות בחיי האשה; (ואין לומר שהוא מוציא לפירות, שהלא זה דבר שאין צריך לומר הוא, וגם ההנמקה "דלוקח ראשון הוי" אינה מתאימה לפירות שבהם אינו בבחינת "לוקח" אלא בעלים ממש!). יש לשים גם לב — בהקשר זה — לעובדה החשובה כי הרמ"ה איננו מזכיר — אגב צטטו את התקנה — את המילה "ומתה" (וראה לקמן בסכום).

(ה) לאחרונה, ברצוני להביא הלכה "נדחת" ובלתי־מפורסמת ברמב"ם, שממנה משתמע לכאורה כי אכן צודק מרן הש"ך בטענתו⁵⁸ שאף הרמב"ם סבור כי יכול הבעל להוציא מן הלקוחות עוד בחיי האשה, וזו לשונו⁵⁹: "וכן העבד שקנה או מכר או נתן מתנה או ניתנה לו — יד האדון על העליונה אם רצה לקיים מעשיו — הרי אלו קיימין, ואם לא רצה — בטלו כל מעשיו; ובדברים בלבד הוא שמקיים האדון או מבטל ואינו צריך לקנות ממנו כלום. (הלכה ג') וכן האשה שמכרה או נתנה מתנה, בין בנכסי בעלה בין בנכסי צאן ברזל שהכניסה לו, בין בדברים שייחד לה בכתובתה בין בנכסי מלוג, בין בקרקעות בין במטלטלין, וכן אם לקחה או ניתנה [לה מתנה] — יד הבעל על העליונה ואם רצה לקיים קיים, אם רצה לבטל יבטל הכל..."

כלומר, לדעת הרמב"ם יכול הבעל לבטל את המכר מיסודו, וברצונו לבד הדבר תלוי! האם בידינו להסביר את הסתירה שלכאורה בדברי הרמב"ם? דומה כי כן. מה שפסק הרמב"ם בהלכות אישות, ענין לעצמו הוא, ומה שפסק הרמב"ם בהלכות מכירה — ענין לעצמו. "כל מה שקנתה אשה — קנה בעלה" מקורו במסכת קידושין "אין קנין לאשה בלא בעלה"⁶⁰, והשותפות שבחיי המשפחה מחייבת התייעצות, ומניחה לבעל זכות הכרעה; אמנם באושא התקינו, שאף מכר שנתקיים ע"י הבעל (בשתיקה, ככל הנראה; שהרי אם הסכים הבעל למכירה במפורש, כודאי שהיא מתקימת ואפילו לאלתר — כפי שהזכירו הפוסקים⁶¹) — מכל מקום יכול הבעל להוציא מן הלקוחות לאתר מות האשה; לדעת הרא"ש ודעימיה, לפי הסבר זה, אם קיים הבעל את המכר — קיים, ואין לו בטול יותר, ואם בטל — מכה תקנת אושא ביטל, ועל כן מוציא הוא מן הלקוחות מיד! (וכפי שהזכרנו, הש"ך יוכל לראות בדברי הרמב"ם כאן הוכחה לשיטתו, כי דברי

58. ר' לעיל ע' 504 הערה 41.

59. הלכות מכירה פרק ל' הל' ב"ג.

60. ע' לעיל ע' 493 והערה 25 שם. וראה לזה ברמב"ם ספ"ג מהלכות זכייה ומתנה וש"ע אהע"ז פ"ה יא.

61. טור וש"ע סימן צ' באהע"ז שם, סעיף י', בשם רבינו אפרים; והובאו דברי ר"א גם בר"ן שם בכתובות וגם במגידמשנה על הרמב"ם בהלכות אישות פכ"ב; וראה בתשובות הרא"ש כלל מ' סימן ב' באשה שהיתה לה תצר אחת וכשתלתה למות נתנה לכתה בצוואה, זו התצר ולא ערער בעלה בדבר, ופסק הרא"ש "ואע"פ שראובן בעלה היה בשעת הצוואה ושמע ולא מיחה — לא הפסיד בשביל זה זכותו", וכן פסק שם הרמ"א בהגה (צ"ס"י) בשמו, והכל מכה תקנת אושא, והוא כדברינו, שכתבנו"א אם שתק לא איבד את זכותו!

הרמב"ם בהלכות אישות ניתנים — אמנם בדוחק — להבנה כאילו אין המקח מתקיים כלל, אלא לצורך זה שאם ימות הבעל ראשון — יזכו הלוקחים בנכסים).

לסכום: נחלקו הראשונים (ר"י מיגאש ורמב"ם לעומת רא"ש וטור) אם הבעל רשאי להוציא מיד הלקוחות מיד ולבטל את המכר מכל וכל (בהגבלה אחת: שאם יקדים הבעל למות, יזכה הלוקח בנכסים), או שמא אין הבעל מוציא מיד הלקוחות אלא לאחר מות האשה, בהיעשותו יורש לה; מענין לציין כי בכ"י מינכן, חסירה המלה "ומתה" בנוסח התקנה שלש פעמים בש"ס⁶² — וקשה עלי להניח כי סתם שגגת סופר לפנינו, שחזרה על עצמה ג' פעמים; האם לפנינו עדות נוסח, אולי, ושמא בא שני זה לאור עמדת הראשונים הסבורים כי אין צורך בתנאי זה של מות האשה כדי שיוכל הבעל להוציא מיד הלקוחות? כלומר: האם קבעו הרא"ש ושאר ראשונים דעמיה כן משום הנוסח שהיה לפניהם (והציטוטים לפנינו הם פרי תיקוני מעתיקים, ודי לנו בשרידים כמו שמצאנו אצל הרמ"ה) — או שמא נשתנה הנוסח בעקבות דבריהם?

בהמשך עמדנו על הנפקאמינות שמצאו מפרשי השו"ע והטור למחלוקת זו, והצענו אף שיטת הש"ך שיתכן וגם דעת הרמב"ם איננה חדמשמעית כפי שסברנו תחילה.

62. לעיל ע' 487 וראה הערה 8 שם.

פרק רביעי

הבעל מוציא — בדמים או בלא דמים?

עם העיון בכל השאלה הסבוכה ומחלוקת הראשונים הזאת, מתעוררת בעיה מעשית מרכזית: האם רשאי הבעל להוציא את הקרקע מן הלקוחות, "לטרוף" מהם, כדין מלוה הטורף מן הלקוחות, ולא לשלם ללוקחים מה ששלמו לאשה, או שמא עליו לשלם דמי הקרקע וכל זכותו מתמצה בעצם זכותו להמשיך להחזיק קרקע שהחזיק בה כל ימי נשואיו ואכל את פירותיה?

לפחות לכאורה, תלויה מחלוקת בענין זה במחלוקת בדבר זמן ההוצאה. אך כנראה להלן, אין הדברים פשוטים וברורים, ונחלקו בשאלה זו כבר גאוני בבל, שמפיהם אנו היים וכל המחלוקת נוסדה על דבריהם.

(א) בספר העיטור בערך כתובה דאירכסא:

"איתשיל ממר רב עמרם הבעל מוציא מיד הלקוחות בדמים אי לא, ואמר בלא דמים, וכן אמר רב נחשון ורב נטרונאי ומר רב מתיבתא; ומר רב הילאי אמר בדמים, כדרכא דאמר 'הכיר בה שאינה שלו ולקחה — מעות יש לו שבח אין לר³ וכן אמר רב צמח בר שלמה (בר) דיינא דבבא — הוזר וגובה הדמים מבעלה של אשה בשעה שמוציאין מידו מפני שהוא יורטה והיא מכרה דבר שאינו שלה ולקח בדמים ממנו, ולא עוד אלא שאם תשביח לוקח בנכסים גובה את השבת, דאמר רבא... הלכתא יש לו מעות ויש לו שבת, והא דאמר הבעל מוציא מיד הלקוחות — ולעולם לא להפסיד הדמים, אלא למיקנא דלא קני בהו לוקח לנכסים..."

ההנמקה המרכזית בשיטת הסוברים שהבעל מוציא בדמים — היא מן הגמרא בב"מ "הכיר בה שאינה שלו ולקחה", וכיון שאין המכר מתקיים כלל (וכדברי רב צמח "והיא

1. מהדורת מאיר יונת (הוצאת צילום, ניו יורק 1955) ע' 72 (לו ב).
2. לא ידעתי אל מי הכוונה; רב"מ לוין באוצה"ג לכתובות ע' 133 מציע להגיה "רב מתתיה" אבל להלן (אות ב-ג) נמצא רב מתתיה בין הסוברים כי הבעל מוציא בדמים, ועל כן קשה לקבל הצעתו, ואין לצרף אותו לקמן אל רב הילאי, שכתוב שם "אמר" בל"י ולהלן מנמק רב נטרונאי את דעתו: "ורב נטרונאי גאון ורבוותא דאמרי בלא דמים, מדאמר התם (ב"ב קלט ב וראה לקמן) אינהו דאפסיד אנפשיה דכיון דאיכא בעל לא איבעי ליה למיזבן מינה..."
3. בבלי בבא מציעא טו ב, ע"ש.

מכרה דבר שאינו שלה" — הרי המקח כמקדטעות נחשב, והמעות חוזרות; לדעה זו, כודאי שהבעל "מוציא מן הלוקחות" מיד, ואינו צריך לחכות למותה של האשה!

(ב) כתשובות הגאונים מהדורת הרכבי, סימן רס"ו⁴:

"ובעבור נכסי מלוג, אם מכרה האשה ונתנה שהבעל מוציא מיד הלוקחות⁵, אשר דאיתם דברי רב מתתיה ורב צמח הגאונים נ"ע דאמרו בדמים, ודברי מד רב עמרם גאון נ"ע דאמ' בלא דמים, ושאלתון אנן כמהן נעביד? — ועיקר דמילתא כל המוציא מיד הלוקחות בלא דמים הוא מוציא, כי המכר בטל הוא, ומי שמכר לו מכר מה שאינו שלו... וכי אמר רבא המוכר טדה לחכירו ונמצאת שאינה שלו יש לו מעות על המוכר שמכר לו — יש לו מעות שהוא חוזר באחריות ואומר לו החזיר לי מה שנטלת ממני... ובזמן שהניחה⁶ אשה מעותיו שללוקח שנטלה ממנו דמי השדה ההיא יש עליו להחזירם ללוקח, ולא מפני כי המוציא מיד הלוקח מוציא בדמים, אלא מפני שהוא יורש שלמוכר שהאחריות עליו, ולא סלקא דעתך שיטול את הקרקע ואף את דמיה יהדיו..."

נמצאו דבריו של רב האי גאון כדבריו של רב עמרם גאון, עקרונית; ואילו הלכה למעשה חידש רב האי בדין צדק ובחוש עמוק לאמת, כי לא יתכן שיהא הבעל זוכה בקרקע ובדמיה בעת ובעונה אחת, ואם אמנם הדמים בעין, מונחים ומצויים לפנינו, הרי שכירוש האשה חלה עליו חובת הפצוי ללוקח, ובמקרה זה עליו להחזיר את הדמים!

(ג) שם סימן תקמ"ד:

"רב עמרם, רב נחשון — בלא דמים; רב מתתיה רב צמח גאון כר' שלמה דיאנא דבבא — בדמים".

(יש כתשובה זו מעין שילוב של התשובה הקודמת עם מה שהביא בעל העיטור, שכן רב נחשון נזכר רק בעיטור, בעוד שרב מתתיה נזכר רק בס"י רס"ו הנ"ל...⁷).

4. ע' 136 ועיי"ש בהערות המהדיר בע' 365 שלדעתו תשובה זו היא לרב האי גאון, והוא הראשון המחלק בין "איתנהו לדמים בעינייהו" לבין אינם.
5. חסר "ומתה"; וברור שמש"כ "מכרה ונתנה" הכוונה למכרה או נתנה. אולי צריך להגיה אם מכרה אשה ומתה (במקום ונתנה), כפי שמשמע מהמשך התשובה שבמתה איירי (כבהערה 6).
6. הבטוי "הניחה" מתייחס ככל הנראה לאשה שהניחה מעות אלה לבעלה עם מותה, ומכאן כי חסרון "ומתה" דלעיל איננו בעל משמעות; אמנם מאידך אפשר לומר, כי אם לא מתה עדיין האשה, אף שהבעל מוציא — תזור הלוקח על האשה בשביל הדמים, ורק אם מתה מתעוררת הבעיה לגבי הבעל, וצ"ע.
7. ותשובה קצרה אחרת — בשע"צ ד' ד' ע"א (ע' קנ"ג): "רצ"ג — בדמים, וכן רב מתתיה; ואשכחן

(ד) תשובות הגאונים שערי צדק חלק ד' שער ו' סימן כ"ט:

"וששאלתם: אמר רבי יוסי בר חנינא באושה התקינו... וקשיא לכוון בדמים או בלא דמים? — אי אמרת בלא דמים, מאי שנא מהמוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינה שלו דקיימא לן דיט לז דמים ויש לז שבת, הכיר בה שאינה שלו ולקח — דמים יש לז שבת אין לז? ועוד קשיא לכוון, יש לו מעות ממאן — מבעל הקרקע או מן המוכר? אי אמרת בשלמא מבעל הקרקע — ודאי בדמים⁹ אלא אי אמרת מן המוכר היינו בלא דמים, או דילמא לא דמיא לתקנת אושא? — ילמדנו ארוננו היאך הדין?

הבין חזינא דצריכא מילתא לגלויי לכוון טעמא דמילתא בכרירות כי הבין דלא מסתפק לכוון: ודאי המוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינה שלו, יש לו מעות מן המוכר ולא מבעל קרקע... אלא כי איתמר דאית ליה ללוקח דמים מבעל — ממונא דאשה הוא... והא בעל יורש דהאי אשה הוא ומיהייב לאהדורי ליה ללוקח זוזי דאשתקילו מיניה. והיכא דאיתנהו לדמים דשקלת אשה מלוקח בעיניהו, אי נמי דעבדת בהן מידעם או דזבנת בהון מידעם וידיע דמן הנך הוא, ליכא ספיקא כל עיקר דמיחייב בעל לאהדורינון, דאי לא מהדר להון שקיל ארעא ודמה... והיכא דלא שיירה אשה אלא מאי דאית לה בכתובתה מנכסי צאן ברזל או נמי נכסי מלוג דידיען וקיימין מן היכא דנפלו לה... כהאי גוונא נמי לא מספקא לנא דלא מיחייב בעל למיהב מיניה דמים ללוקח נכסי מלוג שלקחן מן האשה בחיי בעלה, דודאי לוקח הוא דאפסיד אנפשיה... דקיימא לן דבעל לוקח ראשון הוי מדרבי יוסי בר חנינא... ואע"ג דלית ליה לבעל בנכסי אשתו בחייה אלא פירות וקיימא לן בכל דוכתא קנין פירות לאו כקנין הגוף דאמי¹⁰, שאני קנין הבעל בנכסי אשתו בתקנתא דרבנן וכקנין הגוף דאמי. וביון דבעל כלוקח דאמי — זכיני דאיתתא לא כלום אינון, וזוזי דשקלתא בהלואה אינון עלה, ודיני ללוקח בהדי

כשאלתות רבי עמרם גאון — בלא דמים, ואית גבן דאמרי בדמים — אגן השתא במאי נעביד? מסתברא, בדמים".

8. מהדורת ירושלים תשכ"ז ע' קפ"א: ולפי תוכנה וסיגונה היא לרב האי גאון, וכן שיער הרכבי (ראה הערה 4 לעיל), וגם התשובה שלפניה בשע"צ שם היא לרב האי. ומילר (מפתח לתש"ג ע' 166) ייחסה לרב נטרונאי גאון ואיני יודע מה הביאו לזה, ולוין (באושה"ג ע' 7-136) ייחסה אף הוא לרה"ג. כלומר, אם בהכיר בה שאינה שלו יש לו דמים מבעל הקרקע, בודאי גם באשה שמכרה הוציא בעלה יש ללוקח לגבות הדמים מן הבעלה בעלמם.
10. ראה הדיון לקמן בסוגיית בבאיקמא במירק התמישי, ע' 525.

בעל בעסק זווי כדין מלזה אשת איש¹¹ לית ביניהון הפרש כל עיקר...

וכי מיבעיא היכא דשבקת מידעם וירתה בעלה ולא ידיע מהיכא אית לה, ואיכא למימר דההוא מן דמים דשקלת מן לוקח, ואית למימר דילמא הנך דמים הנפקתנן — והדין ממונא מציאה הוא דאשכחת, ולא ידע בעל היכין ניגהו, — והכין סבירא לן: דכל כי האי גוונא מהייב בעל לאהדורי ליה ללוקח ממוניה דמים דיליה — מאי טעמא, דדמים דשקלת אשה מן לוקח — ודאי, והאי דאמרתין דילמא מציאה אשכחת — ספק, ואין ספק מוציא מיד ודאי... עד הנה".

החשובה חשובה ביותר, הן מפאת ההסברים להלכות שנמנו בה, והן מבחינת הפתוח המשפטי שלא מצאנהו עד כאן. מענין הנתוח של סוגית ב"מ, אם התובע־הלוקח בא אל המוכר שרימהו או אל בעליה האמיתיים של הקרקע שטרפו ממנו; חשובה האבחנה העקרונית כי מעיקר דידתקנת־אושא אין ללוקח כל זכות לפצוי ולקבלת כספו חזרה מן הבעל — כיון שהוא שהפסיד לעצמו, ואם מגיע לו כסף, הלא רק בזכות היות הבעל יורש האשה באשר לסכום הנדון, כל עוד הוא קיים בעין; ועוד יותר, כי הבעל נחשב לבעל־קנין בקרקע מכח קנין־תפירות שהוקנה לו ב"תקנתא דרבנן".

דבר חידוש יש בקביעה כי לא רק אם הכסף עצמו מצוי תחת יד הבעל־היורש, אלא גם אם נקנה משהו בכסף מסויים זה והדבר ידוע כי כן הוא — גם אז זכאי הלוקח ללא ספק לקבל חזרה את שלו;

ולאחרונה, קביעת ההלכה במקרה של ספק: אם הניחה האשה בעזבוניה מעות, ולא ידוע אם כסף המכר הן או אולי מצאה מציאה ברשות־הרכים, ואת כסף הקרקע שקיבלה הוציאה ובזבזה... הגאון פוסק כי אין ספק מוציא מידי ודאי, והודאי כאן הוא עובדת קבלת הכסף מן הלוקח, בעוד הספק הוא אם אמנם הכסף שלפנינו איננו אלא מציאה שמצאה... לעומת זאת, מצאנו סברה הפוכה לגמרי וגישה אחרת בדבריו של גאון סמוך בזמן לרב האי וקרוב לו — הלא הוא רב שמואל בן הפני גאון¹²:
(ה) תשה"ג שערי צדק חלק ד' שער ר' סימן ט'¹³:

יוטשאלתם: האשה שמכרה נכסי מלוז בחיי בעלה ומתה, הבעל מוציא מיד הלוקחות בדמים או שלא בדמים? — כך ראינו שנותן

11. להלן מפרט הגאון כי אם נמצאו המעות מתחייב הבעל להחזירן למלוה, ואם הוציאתן האשה דאי לא מתחייב הבעל לפרוע משאר נכסיו (אחרת תלך כל אשה שתוציא להקניט בעלה ותלוה ותוציא...). וראה לענין זה ברמב"ם פכ"ז מהלכות מלוה ולוה ה"ט, וממנו בעזר ושו"ע סימן קל"ב בתו"מ, ואולי מקור הדין במשנת ב"ק דף פז שאשה שחבלה באחרים פטורה וכו', ואכ"מ.

12. רשב"ח היה גאון בישיבת סורא בראשית המאה ה-11 וחותנו של רב האי גאון.

13. ע' קע"ז במהדורת ירושלים ה"ל.

הבעל דמים וגוטלן. שאין הכל בקיאות בתקנת הכמים שתקנו באו שא וכסבור מקחו מקח, ועוד אם תמצא לומר הכל בקיאות בתקנת או שא, מה עולה על דעתו — שמא ימות הבעל ותצא האשה וקרקע שלה עמה שהן נכסים הנכנסין ויוצאין עמה¹⁴, ותעמוד קרקע שלה בידה ויהיה מקחו מקח, לפיכך נוטל מעותיו ומסתלק. שבך שנו חכמים הכיר בה שאינה שלו ולקחה אמר רב מעות יש לו טבת אין לו, ושמואל אמר אפילו מעות גמי אין לוי¹⁵, וקיי"ל בהא שמעתא כרב... עד הגה".

הנימוק הראשון בדברי רשב"ח מתקבל על הדעת: כיון שלא ידע על תקנת או שא, אין זה אלא מקח טעות, ורשאי הוא לתבוע חזרה את כספו. אלא שיש בו דוחק אעפ"כ: אם אמנם מקח טעות הוא — הרי שוב עליו לחזור על האשה, שהיא שמכרה לו והטעתו, ולא אל הבעל שאין לו עמו דין ודברים כלל! ושמא הוא חוזר אל הבעל כיושר האשה, וקרקע הירושה (היא היא נשואה היותו) משועבדת לחוב... (הע' פרופ' קירשנבאום). הנימוק השני נראה קשה עוד יותר: האם משום "אסמכתא" רוצה הגאון לבטל את המקח¹⁶? ואולי יש להבין כי לדעת רשב"ח הבעל מוציא מן הלקוחות מיד, גם אלמלא מתה האשה, ועל כן סבר הלוקח בטעות כי במות הבעל תהא הקרקע שלו, ולא ידע כי הבעל יוכל להקדים ולהוציאה מידיו...¹⁶

14. מקור המליצה (שכונתה — נכסי מלוג) במשנת יבמות פ"ד מ"ג (דף ל"ח א), וכן כתובות פ ע"ב, וב"ב פ"ט מ"ט (דף קנח א), וראת מה שדן במקורות הללו א"ל אפשטיין בע' 62 הערה 24.
15. כפי שהערגו לקמן, נמוקיו של רשב"ח קשים מעט: ראיתו מן הסוגיא בב"מ כנראה מכריעה את הכף. הסברא פשוטה: אם לדעת שמואל אפילו מעות אין לו — בודאי שהדין על הבעל, שלא יתכן ששמואל יפטור את הרבאי מלמחזיר מה שנטל שלא כדין? לעומת זאת, יסברו רב האי דדעמיה כי שמואל פוטר את המוכר משום שהקנה הכיר בה שאינה שלו — ואעפ"כ לקחה, וא"כ חלה האחריות על הקונה ולא על המוכר...
- (תודתי נתונה למו"ד פרופ' אברמסון על שהאיר עיני בתשובה זו והמשכה).
16. יתכן שכונת הגאון להסביר דר"מחשבתו של הלוקח; אמנם ידע אני כי אין הקרקע של האשה, אבל אקנה שמא ימת הבעל לפני; לפי זה יחזור כאן דין הקונה קרקע שהכיר בה שאינה של המוכר! (הע' אחי, הרב אורי כהן).

16א. 1) הגאון מביא שתי סברות מדוע נותן הבעל דמים:

א. אינו יודע תקנת או שא.

ב. סבור שהמקח יתקיים אחרי מות הבעל.

והנה שתי סברות אלו באות להסביר שהלוקח תופס שהאשה יכולה למכור. וא"כ נחשב הלוקח ל"לא הכיר בה שאינה שלו". והיא מחלוקת רב ושמואל (ב"מ י"ד, ע"ב), שלכ"ע דמים יש לו ומחלוקתם שלרב יש לו שבה ולשמואל שבה אין לו. ולפי"ז קשה סיום התשובה: (שהיא המשך הסוגיא ב"מ דף ט"ו ע"ב) שתלה ההלכה במחלוקת הכיר בה שאינה שלו?

- 2) מש"כ הגאון בסיבה ב', קשה שבמקרה כזה אולי "הדמים מודיעים" כדברי רבינו תנאל לקמן עמ' 515 (וידידה ז"ל לא הזכיר זאת; ומכאן אולי תשובה להערה (שם), שלא שמו לב לזה מאוחר יותר, שררי רשב"ח כבר הקדימו ותופס שאין הדמים מודיעים וצ"ע)?

עלינו לסכם לעצמנו את מחלוקת הגאונים:

בלא ימים: רב עמרם, רב נחשון, רב נטרונאי, רב האי¹⁷.

בדמים: מר רב הילאי, רב מתתיה, רב צמח בר שלמה דיאנא דבבא¹⁸, רב שמואל כהןפני.

מענין לציין, כי רב נטרונאי (מלך 853-858), רב עמרם (מלך 871-853), ושימש יחד עם רב נטרונאי, (כידוע), ורב נחשון (מלך 879-871) שימשו כולם בגאונות סורא אחד לאחר השני¹⁹, בעוד רב מתתיה (מלך 869-860) בפומבדיתא וכן רשב"ח הוא ממשפחה של גאונים בפומבדיתא²⁰ — אבל מאידך, רב הילאי הוא כנראה גאון סוראי (באגרת רש"י נזכרו שלשה גאונים בשם רב הילאי, וכולם בסורא), ורב צמח בר שלמה אף הוא מסורא, אא"כ נחליט כי שגיא הוא מלפני המעתיקים, והוא רב צמח אחר (בר תיים — בכורא, או בן פלטי — כפ"ם) — ונרוויח בזה גם קושי קטן אחר — הכיצד נחלקו ביניהם רב עמרם ור"צ בר שלמה.

מחלוקת הגאונים נזכרה אצל כמה מן הראשונים²¹, אבל בדרך כלל פסקו הראשונים כרב

3) לפי הע' 1, יש להעיד בעמ' 513 הערה 15, שלרב שמואל בן חפני גאון הסברא היא שהלוקח נחשב כלא הכיר.

4) בהערה זו (15-) לא נלקחה סוגית ב"מ כחשבוני; הגמ' שם מסבירה שמחלוקת רב ושמואל (-) בהכיר בה שאינה שלו) אם הלוקח מתכוון במסירת מעותיו לפקדון או למתנה. ועל כן בהחלט יתכן ויתכן ששמואל פוטר את הרמאי מלהחזיר, שהרי הלוקח מרצונו החפשי נתן לו מעותיו במתנה. ולפי"ז אין צורך וטעם בהערה 16, שאין כאן כל אסמכתא, אלא הסבר למה נתן הלוקח מעות ואינן לא מתנה ולא פקדון; ואדרבה אין זו סיבה לביטול המקח את הסברת דעת הלוקח למה יתקיים המקח (אמנם להלכה המקח בטל מתקנת אושא מפני שקנין פירות כקנין הגוף וכי כמבואר באריכות בתשובות הגאונים ובדברי הראשונים). — (א.ב.)

17. ויש להוסיף לרשימה את מר רב מתיבתא שבעיטור, ואת הגאון האנונימי (בדמים) בשע"צ ד' ע"א.

18. כנראה שהיה דיין בביה"ד של רב עמרם גאון, והרבה מפסקיו נזכרו בסודור רב עמרם וראה מש"כ בזה מהר"ץ אפשטיין ז"ל בציונים לזכר שמחוני, ברלין תרפ"ט.

19. ההשערה היא כי מחלוקת ישיבות פומבדיתא וסורא יש כאן; אך רב האי הוא "פומבדיתאי" מובהק ו"מרובע בגאונות" בפומבדיתא; האם נוכל לשער כי אין זה רב האי בן שרידא אלא רב האי בן נחשון הסוראי (מלך 896-885)? דומה כי יהא זה דווקא רב, ואין בו צורך עקרוני, ופשוט יוותר כי אין מחלוקת זו מן המחלוקת שבין הישיבות. וראה לחילופי המנהגים וההוראות שבין הישיבות בספרו של הרב אסף "תקופת הגאונים וספרותה" ירושלים תשס"ו ע' רסא. בשהות פרופ' אברמסון בסעד בפסח תשל"ד, קבע כי מח' הגאונים היא כפידוש מח' סורא ופומבדיתא.

לדעתו, מר רב מתיבתא בעיטור הוא אמנם רב מתתיה הפו"מ, וצריך לצרפו לרב (הלא) [האי] שלקמיו; אמנם אין זה מוכרע לגמרי, שכן עדיין לפנינו תשובת רה"ג בתשה"ג הרכב, ולבי אינו שלם עדיין עם הכרעתו של פרופ' אברמסון. וראה עוד בתשובת רב נחשון לחכמי קירואן שלא עשו כהוגן ושאלו לחכמי שתי הישיבות בענין זה, ומכאן שבאותו דור לפחות, באמת נחלקו בזה ישיבות סורא ופומבדיתא; התשובה צוטטה לאחרונה ע"י פרופ' אברמסון (לאחר מאן ואסף) בספרו "עניינות בספרות הגאונים" ע' 38-39, עיי"ש.

20. ראה אצל אסף שם, ע' קצד.

21. טור סימן ז', מאירי כתובות ע' 185 ושם ע' 337, ועוד.

האי גאון: הבעל מוציא מן הלקוחות בלא דמים, אבל אם הדמים המקוריים (או חלופיהם בבירור) מצויים עדיין תחת יד הבעל, חייב הוא להחזירם לבעלים. פסק הלכה זה נתנסח לראשונה ע"י רבינו חננאל, כנראה, ויש בדבריו עוד תוספת־אבחנה:

(1) "...והאי דאמינא דהיכא דאיתגהו לדמי או ביד האשה או ביד הבעל שמהזירין ללוקח, יש לנו לעיין בדבר, אם זה לוקח קנה הנכסים בשווייהון בודאי על דעת לזכות הנכסים מיד נתן מעותיו — ונתרמה²², וכיון שאינו יכול לזכות בנכסים, מחזיר לו מעותיו, אבל אם לא קנאם בשווייהון אלא בטובת הנאה שאם תתאלמן או תתגרש יזכה בהן ואי לא לא²³, אע"פ שהמעות ביד הבעל אינו מחזירם לו, שעל דעת כן נתן מעותיו מתחילה אם תתאלמן או תתגרש שיזכה בנכסים ואם תמות קודם לבעלה שיפסיד מעותיו, ולא נתרמה לוקח כלל, הלכך אינו מחזיר לו מעותיו..."²⁴

חשיבותו של חילוק זה עצומה, ופלא שלא הושם אליו לב מאוחר יותר: אם שילם הלוקח מלוא ערך הקרקע, בודאי רצה לזכות בה וסבר (לדעת רבינו חננאל) כי יש לאשה כח למכור נכס"מ שלה — ומשנתברר כי טעה — אין זה אלא מקדטעות, ועל כן אינו דומה ל"הכיר בה שאינה שלו ולקחה"... מאידך, אם שילם רק "טובת הנאה", בודאי שאין מקום להחיל את הפסק של החזרת הדמים, שכן מראש ניתנו הדמים בהחשב ב"סיכון־עסקי" של מות האשה ראשונה.

בעקבות רבינו חננאל הולך הרי"ף²⁵:

(1) "...וקיימא לן דבעל מוציא מן הלקוחות בלא דמים, ואי איתגהו להנהו דמי דשקלה אתתיה מהדר להו ללוקח, ולא יכיל בעל למימר דלמא מציאה אשכחת".

[אך לא הביא חילוקו, אם שילם מלוא־שווי הנכסים או קנה רק בטובת־הנאה].

האם היו ראשונים שחלקו על הרי"ף ורבינו חננאל והרמב"ם (שהבאנו דבריו לעיל בע' 499, עיי"ש שנוסחם זהה לדברי הרי"ף)?

22. כלומר, רימו אותו, והמקח — מקח טעותו.

23. ה"לא" השני איננו במקור, ונלענ"ד להוסיפו.

24. דברי רבינו חננאל הגיעו אלינו דרך הרי"ד (ר' ישעיהו דיטראני הראשון) בספר המכריע בסוף סי' מ"ו, והם מצוטטים כאן עפ"י אוצרי־הגאונים לכתבות ע' 132: דברי ר"ח נזכרים אצל עוד מן הראשונים, וראה להלן בדיון בסוגית ב"ב קלט (ע' 543) מה שהובא מדבריו אצל האגמאתי. וכיו"ב הביא גם הריב"ש בתשובותיו (סימן קנ"ג בסופו), עיי"ש.

25. על כתובות פרק נערה שנתפתה דף ג' א.

מסתבר שאכן היו, אם כי מעטים. דומה כי הראשון שבתם הוא רבינו אפרים²⁶ זמרחיק לכת:

(ח) "...ורבינו אפרים כתב כי אפילו דמי המכר בעין, ומודה הבעל שהם מהמקת, אינו מחזיר אותם ללוקח..."²⁷.

מחלוקתו של רבינו אפרים מעמידה אותנו בעצם על הקושי שבדרכו של רבינו חננאל. האם פסק כגאונים הסוכרים שהבעל מוציא בדמים, או פסק כגאונים שסברו שהבעל מוציא בלא דמים? לכאורה, פסק כאחרונים, ומה שפסק שאם הדמים בעין שעל הבעל להחזיר — מדין יורש עליו להחזיר, כמו שראינו לרה"ג. אך מאידך סבור הר"ח בעצמו כי אם קנה הלוקח את הקרקע בשויה, הרי שיש למקח דין מקדטעות, ועל כן צריכים הדמים לחזור תמידו כלומר, נוכל לפרש כי לעולם בדמים, ומה שאינו מחזיר אם אין הדמים בעין הוא משום שהאשה "פגיעתה רעה" כמשנת ב"ק הנ"ל, והדברים צריכים עיון נוסף; ולרבינו אפרים ברור כי ההלכה "בלא דמים" היא המוחלטת וכגאונים הנ"ל שהלוקח "אפסיד אנפשיה", ועל כן לעולם פטור הבעל מלהחזירם.

זכר למחלוקת בכיוון הפוך מצאנו במדרכי²⁸:

(ט) "האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלוקחות, פירש הקונטרס בדמים, וראב"ן פירש בלא דמים²⁹, וכן פירש המיימוני פ"ב³⁰ דאישות וכן פירש האלפסי פ' נערה וכן משמע פרק החובל³¹ דמסיק עליה "ואפסדיה לההיא וזינא בידים לא מפסדינן", ולא דמי למכירה שאינה שלו ולקחה דאמר רבא מעות יש לו, ומפרש התם מן הטורף לא שקיל מידי, והכא בעל לוקח ראשון הוי ולא יתן כלום³², שלעולם הלוקח ראשון זוכה".

לא ידענו מקור דבריו באשר לדעת הקונטרס (רש"י?), ומ"מ שפתיו ברור מללו כי יש מי שפסק גם כדורות אלה כדעת הגאונים שהבעל חייב להחזיר הדמים אם רצונו בקרקע. המדרכי עצמו פוסק כרב האי ומנימוקו — כי בסוגית ב"מ יש לפרש "מעות יש לו" — מן המוכר (כאן — האשה) ולא מבעל הקרקע (כאן — הטורף, הבעל).

26. מקלעה-חמאד, תלמידו של הר"ף (ר' רמב"ן במלחמות, פסחים פ"ג, דף יד ע"ב נמהדורת וילנא כי הר"א לגבי הר"ף "תלמיד במקום הרב הוא") ומשיג עליו בכמה וכמה מקומות, וראת באוה"ח לרה"ם ע' 241 מ"ס 500. ולאחרונה כתב עליו הרב ישראל שציפאנסקי ב"תריבין" שנת מ"א חוברת ב', ועכשיו גם בספר מיוחד, ירושלים תשל"ו.

27. עפ"י רבינו ירוחם בספר מישרים (ונציה ש"ג — מהדורת צילום) נתיב כ"ג חלק ד'.

28. על בבאמציעא פ"ח סימן שע"ב.

29. ראה לקמן הע' 45.

30. צ"ל פרק כ"ב.

31. דף פ"ט א', עיי"ש.

32. ראה לקמן הערה 35.

אך כדברי הרי"ף פסקו רוב הראשונים, אם כי מטעמים שונים ובהסתייגויות מסוימות. בטוי לויכות מסוג כזה ולהסתייגות — בדברי הרמב"ן³³:

(י) "הבעל מוציא מיד הלוקחות: אע"פ דפליגי בה קמאי, הא כבר אמר ר' הגאון³⁴ ז"ל דודאי בלא דמים, דהא בעל לא ידית לה, דבכל גבסי אשתו לוקח הוי³⁵; ואלו ליתא³⁶, נמי לא מטלם ולא מידי, דתנן "פגיעתן רעה"³⁷ וכדמוכח, וה"נ הסכימו ר"ה ורבינו ז"ל³⁸ ואין צריך לפנים.

אלא מיהא אשכחן בה דכוותה דדינא יהיב רגבי לוקח דמי מקחו³⁹, כגון הנפלו לה גבסי בתר שמכרה וקבלה עליה אחריות, דבעל אי אפשר דקני אלא מאותה שעה שנפלו לה נכסים, הלכך הוי לה כלוה ולוה ואח"כ קנה דקו"ל יחלוק⁴⁰... וזה צ"ע⁴¹."

למדנו מכאן כי היו שראו בבעל — לאחר תקנת אושאו! — לוקח בכל נכסי האשה, כולל

33. נדפסו תחת השם "חידושי הרשב"א" לכתובות דף נ' (ע' 71 במהדורת לוין אפשטיין, ירושלים, תשס"ז), וכבר הזכיר"א בשם הגדולים (אות מ' סימן קסב בערך רמב"ן — ע' 99 במהדורת וארשא) הוכיח כי המדפיסים הראשונים במצ"ח תקכ"ה טעו ביחסם לחידושים אלה לרשב"א ע"פ הסגנון וההשוואה עם דברי הרמב"ן בשטמ"ק. לצערי משובש הקטע שלפנינו וסגנונו אינו ברור כל צרכו, ולא מצאתי כתב יד או דפוס משובחים שאוכל לתקן על פיהם; (ואמנם אהרון פריימאן, ב"קונטרס המפרש השלם" בספר הויבל לרד"צ הנפמ" ע' 106 ואילך מונה שני כתבי יד של חידושי הרשב"א לכתובות מאוצרו של הברון גינזבורג בפטרבורג, ואולי אחד מהם הוא הרמב"ן, אך כנראה לא זכינו עדיין לאורם של כ"י אלו).

34. רב האי גאון, ככל הנראה.

35. כוונתו, כי בעצם אחריות המכירה על האשה, ואם נתקפה הלוקח עליה או על יורשיה הוא חוזר; אלא שהבעל זוכה בכל הנכסים לא מכת ירושה אלא כלוקח — ואין ללוקח שנתאנה כל מקור לחזור עליה!

36. נ"ל שצריך להיות "דאפילו ליתא", והכוונה כי אפילו אין זה כך (כמו שביארנו בהערה הקודמת) ועדיין הבעל יורש, אעפ"כ יש קיום לדין וכו'.

37. משנת ב"ק פ"ח ד'.

38. הרי"ף.

39. הסגנון אינו ברור, ונ"ל כי רצונו לומר שבכל זאת יכול לקרות מקרה בו יגבה הלוקח את הדמים מן הבעל וכו'.

40. ב"ב קנז ב, עיי"ש.

41. במאירי כתובות ע' 185 מובאים הדברים בשם "יש מי שאומר", ולהלן מנוסח צדו השני של המטבע כך (במקום שלש הנקודות בטקסט למעלה): "אלא שאף בוו יש אומרין דכל לגבי בעל לא קניא איהי מידי, דהא מכל מקום שיעבדא דלוקח ודבעל כי הדדי נינהו ואין טירפא אלא לקודם", ובסוף דבריו הכריע המאירי כי "אם יש לאשה מצד עצמה, שאין לבעל רשות בהן, לוקח משתלם משם", ובהערות המהדיר שם שכ"כ הרא"ה בחידושו, ומתוך דברי המאירי הללו משמע שהמדובר בטריפת לפני מות האשה, שכן לאחר מותה עוברים הנכסים כלם ליד הבעל! — ושמא יש לומר כי אעפ"כ המדובר לאחר מות האשה, ונכסים אלו שאין לבעל רשות בהן אינם באים לרשותו כלוקח אלא כירוש, ובהיותו יורש חייב הוא לשלם ללוקח מה שנתחייבה בו האשה.

מה שרכשה בדמיה המכירה⁴², ועל כן "אין לו" מגין להחזיר הדמים, והיו שראו בבעל יורש, כללית, ואעפ"כ פטרוהו מלהחזיר הדמים כיון שהאשה "פגיעתה רעה" וכו'; מאידך נסתפק הרמב"ן במקרה שבו מכרה האשה באחריות ונפלו לה נכסים ממקור חיצוני (כקרוב שנפטר והוריש לה נכסיו) לאתר המכירה, אם יכול הלוקח לגבות מאותם נכסים שנשתעבדו לו מיד עם הגיעם ליד האשה (כדין לזה מאחד וחזר ולזה מאדם שני ואח"כ קנה נכסים שנפסקה ההלכה ששני המלוים יכולים לגבות מן הנכסים והם חולקים כ"א לפי מעותיו כיון שהנכסים נשתעבדו להם עם קנייתם והגיעם ליד הלווה, ואין לראשון זכות קדימה — וגם כאן אין לבעל זכות קדימה, ושעבודו שלו חל יחד עם שעבודו של הלוקח בעל האחריות) — או שמא בכל זאת אין קנינו של הבעל בחינת "שעבוד" אלא זהו קנינה של האשה ממש, ועל כן אין לשעבוד הלוקח מקום לתול.

דעת הרשב"א עצמו מובאת בר"ן על הרי"ף כאן⁴³, והוסיף לומר כי אף אם אין עדים שזהו אותו הכסף ממש, אם הניחה האשה מעות יש להחזירם ללוקח, ופטור הבעל רק אם יש לו עדים שאלה אינן אותם דמים, כגון שמעידים שהחליפתו!

לעומת זאת, סבור הריטב"א⁴⁴:

(יא) "והא דאמרינן הבעל מוציא וכו' — בלא שום דמים קאמרינן, משום דלוקח ראשון בודאי אינו נותן דמין ללוקח שני... ומיתו אם יש לדבר שבא מחמת אותן מעות שנטלה, וכל שכן אם (יש) המעית עצמן הן בעין חזרין אל הלוקח".

כלומר, אם קנתה האשה באותן מעות רכוש כלשהו (או החליפה את המעות באחרות) עדיין יכול הלוקח לגבות מאותן מעות, ולפי הריטב"א יפסיד הלוקח רק אם קנתה האשה במעות מיני אוכל ושאר דברים שהקין כלה.

לא נוכל למנות את כל הראשונים הסוברים כרבינו חננאל והרי"ף, אך נזכיר עוד את הראב"ן⁴⁵, את הרי"ד בכתובות⁴⁶, בעל העיטור הנ"ל⁴⁷, הרא"ה בחידושי ובשטמ"ק⁴⁸ ובעל נמוקי יוסף עצמו⁴⁹.

והשאלה נשאלת: האם המחלוקת בדבר חלות המכר שהכאנו לעיל, השאלה מתי יכול

42. קצת קשה לומר כן כאשר למעות עצמן; וראה להלן במ"ש הריטב"א, וראה מש"כ מרן החו"א זצ"ל בחידושיו לכתובות סי' ק' ס"ק ט, וכן הובאו הדברים בחו"א על הרמב"ם ע' 96.

43. כתובות נ' במהדורת וילנא (רי"ף) הוא בדף י"ח ד"ה האשה.

44. מוכא בנמוקי יוסף על הרי"ף ב"ב קלט, ובמהדורת בלוי (ניו יורק תשכ"ו ע' 494) לא נמצא.

45. כדבריו בסוגיות בבא מציעא, דף ר"ה ע"ג במהד' הערנרייך, ודחה הראיה מב"מ ט"ז ("זהבל הוא"), עיי"ש.

46. הן בדף נ' והן בדף ע"ח ב: "בלא דמים, שעשאוהו חז"ל כלוקח", ועיי"ש.

47. ע' 509 קטע א'.

48. על כתובות נ' הנ"ל; ובשטמ"ק מהדורת ציוני ע' תתקפא. וע"ע שם ע' חרכ"ו בדברי מהרי" כן.

49. נמוקי יוסף (חידושים) על כתובות, מהדורת בלוי ע' ריב.

הבעל להוציא מן הלקוחות, קשורה בשאלת הדמים? לכאורה נראה שהקשר ברור מאליו: אם חל המכר, ולו חלות כל שהיא, בודאי שאין הלוקח זכאי לדמים, שהרי שילם בשביל שיחול המקח; אם לעומת זאת אין שום חלות וקיום שבעולם למכר זה, מדוע ולמה לא יחזור הבעל ללוקח מעותיו מיד?

ולכאורה יש להוכיח שאין המחלוקת תלויה זו בזו, שכן ראינו לעיל כי הרא"ש ובנו רבינו יעקב בעל הטורים סבורים שניהם כי המכר בטל לאלתר⁵⁰, ואף על פי כן פסקו כי הבעל מוציא בלא דמים וכו' כר"ף⁵¹!

ואפשר לומר בדעתם, כי כיון שהלוקח זוכה מכל מקום בנכסים אם מת הבעל קודם לאשה (ואע"פ שהוציא מיד), יש קיום למכר ויש תועלת בדמים, וזהו סיכוכו של הלוקח "זאיהו הוא דאפסיד אנפשיה".

ומענין להזכיר בהקשר זה מת שהביא המאירי בפרק האשה שנפלו⁵²:

(יב) "זה שביארנו... שתקנת אושא לגופה ולאחר מיתה... פירשו גאוני ספרד⁵³ הטעם משום תקנתא דלוקח שאם ימות הבעל קודם לה יהא הלוקח מוחזק...⁵⁴ וקצת מהם כתבו שאם אמר לוקח לא ניתא לי בהאי תקנתא אלא שקילנא זווי ומנהרנא ארעא מהשתא — אין שומעין לו..."

מכאן כי באמת עיקר תשלומו של הלוקח הוא למען הזכות בנכסים אם ימות הבעל קודם, ואין הוא יכול לחזור בו בטענה כי התקנה אינה רצויה לו.

ועדיין יש מקום לשאול למאן דאמר כי הדמים חוזרין — מאימתי היא חזרתן, האם משעה שמתה האשה (ואז נתברר כי המקח בטל, לדעת הרמב"ם ודעימיה) — או משעה שהלוקח רוצה בהן ("מיד"), ולכאורה שוב יתלקו בזה הפוסקים כל אחד לשיטתו, שלמ"ד שהמכר בטל מיד, יוכל הלוקח לדרוש הדמים מיד, ולמ"ד שהמכר בטל רק במיתת האשה (אם קדמה למות הבעל, כמובן) — יצטרך לחכות. וראה בבית שמואל⁵⁵ שכתב בדעת הרא"ש כי "יש ללוקח טענה על המעות מיד" — והוא כדברינו, אמנם כפי שראינו אין ברא"ש כל רמז לזה,

50. לעיל עמודים 1-500.

51. הרא"ש שם; והטור בסיון צ' הנ"ל מזכיר באריכות מחלוקת הגאונים ומביא דעותיהם של רבינו חננאל, הרמב"ם ורבינו אפרים (הנ"ח) שם מסביר דעתו של רבינו אפרים כי כיון שהלוקח יודע שהבעל יוציא "גמר ונתן לשם מתנה" כדעתו של שמואל בקידושין מ"י במקדש אחרתו. וכן פסק מהר"י קארו בשולחן ערוך אה"ע"ו שם סימן צ' סעיף ט'.

52. ע' 337.

53. הר"י ו' מגאש?

54. ובהו מקדים המאירי את הב"ח והפרישה שהוכרנו לעיל בשאלת הנפקאימינה, ע' 503.

55. אה"ע"ו שם סק"ז, וראה לעיל ע' 504 הערה 37.

והדברים צריכים עיין⁵⁶. עלינו להעיר, כי בכל הדיון ההלכתי בבעיית הדמים כמעט ולא הבאנו ראיות מן התלמוד לכאן או לכאן, ואע"פ שהראשונים ניסו להוכיח שיטתם (מחוץ למקור בב"מ ט"ז שראינו כי אפשר לפרשו בשתי פנים); סיבת הדבר נעוצה במקורות עצמם, שברצוננו לדון בהם בהקשרים נוספים לתקנתנו, ואי"ה נביא תוך כדי הדיון את עיקרי ההוכחות הקשורות לשאלת הדמים.

לסכום: ראינו כי נחלקו גאונים וראשונים בשאלה אם מוציא הבעל מן הלקוחות ומפצה אותם על כך בכסף ('בדמים'), או שאינו חייב משום פצוי; דומה כי השאלה תלויה, במידת מה, בשאלה אם הבעל זוכה בנכסים — משפטית — כדורש, ואזי תובה של האשה מוטל עליו, וכיו"ב מכירתה שהפקעה, או כלוקח — ואז זכותו קודמת לזכות הלוקח מן האשה; מעניינת וחשובה הערתו של רבינו חננאל כי במידה והאשה מכרה נכסיה רק "בטובת הנאה", אין הבעל חייב בפצוי לכולי עלמא, שהרי לכן שילם הלוקח מראש פחות — ולקח בתשבון את הסיכון יחד עם הסכוי.

56. וכבר הקשה על הב"ש הר"א סופר בהערותיו למאירי כתובות ע' 185 הערה ד'. וראה עוד לכל המחלוקת מש"כ החזו"א בחידושו על הרמב"ם (לפי"ב מאישות ה"ט) דף מ"ט, ולהלן ע' 96 שם.

פרק חמישי

הנימוקים לתקנה

שתי הנמקות עיקריות בפי חז"ל לתקנה: אחת משפטית טהורה, והשניה מציאותית-כלכלית. זו האחרונה מצויה בירושלמי — "שלא תהא אשה מברחת נכסיה מבעלה", שכיון שהוא יורשה, ע"י מתן האפשרות למכור את הנכסים לכל מי שתרצה אנחנו מאבדים את האפקטיביות של תקנת הירושה; כמובן שניתן לבאר את התקנה עפ"י הירושלמי במציאות הסטורית מסוימת, שנתברר כי הנשים שלמדו את ה"פטנט" ולא רצו שבעליהן יירשון מכרו או נתנו את נכסי המלוג שלהן ועקפו את הבעלים.

מאידך, עפ"י בעל השאלות והראשונים בעקבותיו, אפשר לבאר את התקנה באמרנו כי חכמים חזקו כוחו של הבעל, וכיון שהוא ממילא זכאי בפירות הנכס — הקנו לו גם את השליטה המליאה עליהם, עד כדי הגבלת זכותה של האשה למכרם. מקור התקנה, לפי השאלות וכפי שנראה, הוא שלא תהא איבה ושנאה בין בני הזוג, ועל כן טוב כי אחד יחליט וכריע על גורל הנכסים — ולא יעקוף בן זוג אחד את חברו...

לצורך דיון זה, נצטרך לעקוב אחר המקורות לפי סדרם; נפתח בעיון בסוגית הירושלמי, ונמשיך בסוגית בבלי ב"ק בפרק החובל שהיא מקורו של בעל השאלות והראשונים, ונעקוב להלן אחר ענין "קנין פירות כקנין הגוף דמי" וכו' במידה הנצרכת לענינינו.

(א) שיטת הירושלמי

במסכת כתובות פרק ט'¹:

ר' ירמיה בשם רב — הלכה כרבן שמעון בן גמליאל (במסנה: "מתה — יורשה, מפני שהתנה על מה שכתוב בתורה, וכל המתנה על מש"ב בתורה תנאו בטל")... אבל בתנאי ממון תנאו קיים, וזה תנאי ממון הוא, ולמה אמרו תנאו בטל? שבסוף הוא זכה בהן; רבי אימי בשם ר' יוחנן: ברין היה שאם מכרה ונתנה שיהא מכרה קיים, שבסוף הוא זוכה בהן, ולמה אמרו מכרה² בטל — שלא תהא

1. דף ל"ב ע"ד בדפוס ונציה, ומקבילה בקצת שנויים בבבא בתרא פ"ח ה"ו דף י"ז ע"ב; בדקתי ש"נ בכ"י לידן (עפ"י הצילום ש"ל בירושלים תשל"ב) ומצאתי רק חלון אחד, להלן, וראה לעיל בשער ירושה ע' 17.

2. בכ"ל ליתא.

אשה מוכרת³ נכסים משל בעלה ואומרת שלי הן. ר' יוסטתה⁴ הוה ליה עוברא ושאל לרבנן⁵ אמרין ליה פוק מנכסין. טאל לר' שמעון בן לקיש — אמר ליה עול בנכסין⁶.

בקטע הירושלמי שלפנינו שני ענינים שונים, המתקשרים בבטוי "שבסוף הוא זכה בהן"; הראשון דן בדברי רשב"ג במשנה, וכבר דברנו בו לעיל, בשער הירושה⁷; והסוגיא המקבילה בבבלי⁸ מפתחת את הדיון בצורה שונה קצת, ואכ"מ: אמנם גם שם הלכה כרשב"ג ולא מטעמיה (ובירושלמי: הלכה כרשב"ג אבל לא לענין דברים), אך במסקנה מעמידה הגמרא את המחלוקת אם ירושת הבעל מדאורייתא או מדרבנן — מה שלא נזכר בירושלמי כלל⁹, וכבר עסקנו אף בסוגיא זו בשער הירושה⁹ ובעל תוס' הרי"ז¹⁰ האריך לפלפל בהשוואת שיטות הבבלי והירושלמי (ועוד נזכיר דבריו להלן) ותורף דבריו כי שיטת הירושלמי העקרונית היא שבעל הוא כיורש בנכסי אשתו, ותקנת אושא — שאליה מתכוון ר' אמי בשם רבי יוחנן! — באה באופן "שרירותי" לקבוע כי כדי שלא תהא אשה מברחת¹¹ מנכסי בעלה אין המכר מתקיים, ולכן נקט הירושלמי בדבריו בבטוי "שבסוף הוא זוכה בהן" להדגיש כי זכות הבעל בנכסי אשתו היא רק בסוף, עם מותה, וכדעת הפ"מ למעלה; לעומת זאת שיטת הבבלי¹² היא כי דינו של הבעל כלוקח, ובתור שכזה יש לו זכות על הנכסים במידה ידועה כבר עם הנשואים, ובה אפשר להבין דבריו של בעל קרבן העדה שנדחק לפרש למעלה את הבטוי "שבסוף הוא זכה בהן" כמעין אסמכתא, משום שמקובלת עליו שיטת הבבלי כי הבעל כלוקח וא"כ מדוע לא יכול הוא לסלק עצמו מן הנכסים...

3. במקבילה בב"ב תנ"ל הנטוי כאן הוא "מברחת", ועי' "תלמודה של קיסרין" למהר"ש ליברמן ע' 71.
4. בד' וילנא: יוסטינה.
5. שם: רבנין.
6. שם, ע' 10, ולהלן שם ע' 17.
7. כתובות פג ב.
8. אמנם בעל קה"ע שם, בהמשך הדיון ב"רבנין דר' יוסטינה" רוצה להעמיד אף את הירושלמי על מחלוקת זו, אך דבריו נראים דחוקים, עיי"ש.
9. שם ע' 14 ואילך.
10. דף נב א ד"ה רבי ירמיה בשם רב.
11. ראה הערה 3 לעיל; לכאורה שתי הגרסאות נותנות טעם אחר בתכלית לתקנה: בעוד שעפ"י גירסת כתובות הטעם הוא שלא תרמה האשה את בעלה, ותמכור מנכסיו שלו באמרה שלי הן, הרי שלפי גירסת ב"ב הטעם הוא כדי שלא תעקוף אשה את דין הירושה ותבריא את נכסיה שלה, המגיעים לבעלה, כיורש, ותאמר "שלי הן, ולרצוני אני מוכרת"...
12. וראה בפני משה כאן הכותב "שלא תהא מברחת ומוכרת משל בעלה", ואולי לדעונו גם "מברחת" שבב"ב אינו אלא בטוי לרמאות בנכסיו שלו, ואינו נראה לי, שפשוט הרבה יותר לפרש את התקנה כמשמעה, כפי שפירשנו בפנים.
12. ראה להלן בסוגית ב"מ ל"ה וצ"ו ובסוגית ב"ב קל"ט.

ועי' ב'נועם ירושלמי' כאן¹³ שאף לדעתו לשיטת הירושלמי בעל בנכסי אשתו כירוש הוא.

נימוק זה של הירושלמי, בא זכרו בראשונים רק מעט:

(א) רבינו חננאל¹⁴ — "... וכל האי תקנתא לקיומה למצוות ירושה".

(ב) תלמידי רבינו יונה¹⁵ — "... אבל חכמים תקנו שהבעל יוציא מיד הלקוחות, שאם לא היה תקנה זו כל אשה שבעולם לא היתה מנחת ירושתה לבעלה אלא היתה נותנת לבניה או לאחיה..."

ובעוד מקום אחד, אע"פ שאין ראייה לדבר, יש זכר לדבר... והוא מתשובות גאוני ארץ ישראל, ונתפרסמו ע"י הרב פרופ' שמחה אסף ז"ל¹⁶:

(ג) אשה שנשאה לאיש וילדה הימנו בנים והלכה ונשאת לאיש אחר וילדה הימנו בנים ומתה וכתבה מתנה לאחד מהן¹⁷ — [אין מת] נתנה מתנה, בעלה ירשה, אבל אם כתבה מתנה לאחד [מהן עד] שלא נשאת לאיש מתנה מתנה...

ההעולה מכל אלה, כי תקנת־אשא לשיטת הירושלמי עיקרה למנוע עקיפת דיני ירושת הבעל, וכיון שיש כח בידי חכמים להפקיר ממון ולהתקין כרצונם, באו ותקנו כי אין מכירתה של האשה מתקימת, והבעל יורש על אף כל מכירה או מתנה שהיא.

(ב) שיטת הבבלי

רב אחא משבחא, בספר השאלות בפרשת פנחס, שאילתא קל"ה¹⁸:

"ברם עריך למימר אילו היכא דאקנתיהו לניכסה לאתר... ומתה בחיי הבעל, מי קני: האיך דכתבתיהו ליה... או דלמא בעל לוקח הוי ומיעדינא דקנייה לדידה קננהו נמי לנכסה... ת"ש דאימיה דרב שמואל בר אבא מאקרקוגייתא¹⁹... הכי אמר שמואל: האשה שמכרה נכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות, ואע"ג דסבירא לן בעלמא קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ובעל נמי כי

13. ע' 74 במהדורת וילנא תרכ"ח (צילום — ירושלים תשכ"ח).

14. בפירוש האגמאתי מהדורת לונדון ע' 49 בראש העמוד.

15. שטמ"ק לכתבות עב ח (ע' תחתקרב), וראה לעיל ע' 495.

16. תשה"ג אסף תשי"ב ע' 123, ועי' בהערות שם שציין להלכות קצובות, תוש"ר 1 ע' 28 ומעשה הגאונים ס' ע"ז.

17. לפני מותה, כמובן.

18. הציטוט עפ"י מהדורת הנצי"ב, ירושלים תשכ"א ע' קלא ואילך.

19. בבלי בבאקמא פה א ולהלן ע"ב; יש שנויים רבים באשר לשם מקומו של רב שמואל בר אבא, ועי' דק"ס. [ור' לסוגיא זו מש"כ שמא י' פרידמן ב"תרביץ" מ' (תשל"א) ע' 42-44, והעמיד שם על חלקים מאוחרים בסוגיא, ואכמ"ל בה].

קנה נכסי בחיי אשתו — פירי בעלמא הוא דקנה, הכא משום איבה עבדו רבנן תקנתא ושווייהו כקנין הגוף, דא"ר יוסי ברי חנינא באושא התקינו האשה שמכרה נכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות וכן הלכתא".

מדברי רב אחאי גאון²⁰ למדנו שתיים:

- (1) תקנת אושא נבעה מחשש "איבה" — כלומר, מריבה בין בני הזוג על השליטה בנכסים, ובאו חכמים למנעה בקבעם כי אין האשה יכולה למכור בנכסי מלוג שלה כרצונה ללא הסכמת הבעל;
- (2) מבחינה משפטית, לא היתה זו תקנה שרירותית; אע"פ שלדעת רוב החכמים יש לפסוק הלכה כי קנין פירות, זכות הבעלות המיוחדת לחשמישים, איננה מביאה אוטומטית לשלטון מלא ברכוש, ואיננה כקנין ממשי בגוף הנכס, מכל מקום במקרה המיוחד של נכסי מלוג חזיקו חכמים את שלטונו של הבעל על הנכסים [ותקנו באופן יוצא מן הכלל] שקנין פירות הוא כקנין הגוף, וע"י כך נתנה לבעל השליטה הפרמליית בנכסים. בדומה לדברי השאלתות, כתב גם רש"י בסוגית ב"ק²¹:

"דאע"ג דבעלמא לאו כקנין הגוף דמי, בעל בנכסי אשתו אלמנה רבנן לשעבודיה משום איבה, והוי כלוקח ראשון".

וכיוצא בזה כתב הרשב"ם נכד²² והנמקי יוסף²³.

ומדברי בעל השאלתות שהבאנו מתעוררות שתי שאלות מידיות:

- (1) מה זה שמצינו לתקנת אושא מצוטטת ע"י האמורא הבבלי שמואל? וליתר דיוק: הכיזד מביאה הגמרא את תקנת אושא "הכי אמר שמואל"? האמנם אמרה שמואל? או האם ברייתא היא שהובאה על ידו ולא נודעה לבאים אחריו?
- (2) כידוע נחלקו בענין קנין פירות — אם כקנין הגוף הוא אם לאו — שני גדולי האמוראים בארץ ישראל, רבי יוחנן ורבי שמעון בן לקיש. לדעת רבי יוחנן (ר"י להלן) קנין פירות כקנין הגוף דמי, ולדעת רשב"ל (או ליתר קיצור ר"ל) לאו כקנין הגוף דמי²⁴; האם מתוך כך יש להסיק כי תקנת אושא נתקנה רק אליבא דריש לקיש?

20. כך נתכנה, אע"פ שלמעשה לא שימש כגאון וראש ישיבה בפועל, וכידוע עלה לא"י אחרי שמשו (רב גטרוניא) נתמנה לגאנות ושם כתב את ספר השאלתות. לדעת הר"ש אסף (תקופת הגאונים וספרותה עי קנד) לא היה רב גטרוניא שמשו של הרב (כפי שתרגם בעל ספר הקבלה) אלא תלמידו, ומ"מ היתה זו פחיתות כבוד לר"א שתלמידו נתמנה מעליו...

21. ב"ק פח ב בסוף העמוד ד"ה באושא התקינו. ור' לעיל בדברי הגאון בע' 511, וכן ראה במקור שצויין להלן בע' 548 בדברי הר"י מיגאש שאף הוא סובר כך.

22. ב"ב ג ע"א ד"ה בבעל. ור' עוד לעיל ע' 505 בדברי הריב"ן שאף מדבריו משמע כן.

23. נמוקי יוסף על הרי"ף כאן, דף לא ב בד' ולגא.

24. ראה בסוגית הבבלי ב"ק פח הני"ל, בגיטין מז א, ב"מ צו א ועוד, וירושלמי גיטין פ"ד ה"ט ע"י"ש. וראה להני"ל דיוגנו לעיל, שער תקנת פירות ע' 357 ואילך.

- כדי להבין את הענין, צריכים אנו לעיין כלשהו בסוגית הבבלי בב"ק הנ"ל, אע"פ שאין כאן המקום להקדיש לסוגיה חשובה זו את העיין המלא הראוי לה²⁵.
- הסוגיה פותחת (בקצה ע"א) בספור מעשה באמו של רב שמואל בר אבא מהגרונאי²⁶ שהיתה נשואה לרב אבא²⁷, וכתבה את נכסיה לרב שמואל; לאחר מותה בא רב שמואל בפני רבי (בכ"מ רב) ירמיה בר אבא²⁸, שזיכהו בנכסים, הלך ר' אבא, האב המנושל, וערער וסיפר את סיפורו לפני רב הושעיא, שפנה לרב יהודה, שהודיע דינו הנזכר לעיל של שמואל, ופסק מכה הלכה זו כי האב, ר' אבא, הוא הצודק.
- (כנראה שאין כאן "ערעור" במובן המקובל; כוחו של חכם לפסוק הלכה הוא בלעדיו, ומחזירים את הדין רק "אם טעה בדבר משנה"... ואכ"מ; ומ"מ אולי יש כאן ציין להתפתחותו של מושג הערעור בהלכה!).
- הלכו מי שהלכו ומסרו על דעתו של רב יהודה, זקן הדור ותלמידם של רב ושמואל, לרבי ירמיה בר אבא. השיב רבי ירמיה למספרים, כי הוא מבסס את פסקו על משנה²⁹ שבפירושה מובאת מחלוקת ר"י ור"ל בענין קנין פירות, וכולם מסכימים לפסוק כר"ל שק"פ לאו כקה"ג דמי, ואם כן יכולה היתה אמו של רב שמואל למכור מנכסי מלוג שלה, שהרי בעלה זכאי רק בפירות!³⁰
- על כך השיב רבי יהודה כי "זו אינה דומה למשנתנו", כלומר ענינה של אמו של רב שמואל אינו מקביל לענין המשנה הדנה באב ובן ובענין הכללי של קנין פירות; אחרי דיון מסיקה הגמרא כי "זו אינה דומה למשנתנו" משום תקנת אושא, ומובאים דבריו של ר' יוסי בר חנינא וכו'. להלן מנסה רב אידי בר אבין להראות כי כבר במשנה מצאנו זכר לתקנת
25. ור' לעיל הערה 19.
26. ראה שם.
27. בספר המקח והממכר לרב האי גאון (ד' ווין ע' י"ב) תרגם ר"י בר ראוון אלברצלוני "אקנתיהו" — כדי שיוברר שלא "כתבה" כאילו בצוואה אלא הקנתה ממש, בשטר; וכ"ה הוסת בדברי ר"ח בפירוש האגמאתי, דף 48ב.
28. ככל הנראה, הוא ר' ירמיה בר אבא תלמידו של רב (ר' אלבק, מבוא לתלמודים, ע' 203); רב שמואל בר אבא הוא אמורא ארץ-ישראלי בדור השלישי בדור השלישי (שם ע' 263); רב הושעיא הנזכר לקמן אף הוא אמורא בבלי בדור השלישי שעלה לארץ ישראל ותלמידו של רב יהודה (בר יתוקאל) הנזכר אף הוא לקמן, שם ע' 221. לערכוב זה של אמוראים בבליים וא"י שם כבר לבנו מ"א מנגבלט ('פרקים חדשים לתולדות א"י ובבל בתקופת התלמוד', הוצ' דביר ת"א תשכ"ז, ע' 295) ברשימתו הקצרה על "משפט ירושה בלא אבחה בין א"י ובבל".
29. משנת כ"ב פ"ח, דף קלו א, ויש שנויים מספר בין הציטט שלפנינו לבין המשנה המקורית: אשר ללשון "אנא מתניתא ידענא" שבפי ר' ירמיה בר אבא, ראה משי"כ מהר"ן אפשטיין במבוא לנה"מ ע' 813 שהוא בדרך כלל מצייין למשנה, אע"פ שבכ"י המבורג כאן הגירסא "מתניתין", ובכ"ד וכך בכ"פ מתני'. ובפירוש ר"ח שבאגמאתי הגירסא "מתניתין".
30. וכשם שהיא יכולה למכור היא רשאית ליתן במתנה, וזה כנראה פירושה ה"כתבתיהו לנכסי" שלפנינו.

אושא³¹ אך אכיי (בדף פט א) דוחה ראייתו באמרו כי שם המדובר בכתובה ונכסי צאן ברזל, ואין מכאן ראייה לנכסי מלוג השונים מהם לענין מידתהבעלות שיש בהם לבעל. רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע מנסים לעומת זאת להוכיח כי "תנינא לתקנת אושא" ממשנתנו "העבד והאשה פגיעתן רעה" וכו' משום "דאי סלקא דעתך ליתא לתקנת אושא — תזבין נכסי מלוג ותתן ליה", ואף ראייתם נדחית שהרי מ"מ יכולה היתה למכור את נכסי מלוג שלה בטיבת הנאה (כלומר, תוך התנאה מפורשת שהמכר יחול אך ורק אם ימות בעל ראשון), ועל כרחק שהמשנה מדברת באשה שאין לה נכסי מלוג.

בע"ב (שם) מנסה הגמרא לומר כי תקנת אושא שנויה במחלוקת תנאים משתי ברייתות הדנות בדין עבד של נכסי מלוג ויציאתו בשן ועין; לפי הברייתא הראשונה יוצא עבד כנ"ל רק לאשה (למ"ד ליתא לתקנת אושא), ולפי השנייה אינו יוצא לא לאשה ולא לאיש (איתא לתקנת): "הלכך משום איש לא נפקי דלא קני להם לגופיהו ממש, משום אשה נמי לא נפקי דאליהם שעבודה למחוי קנזין הגוף" — רש"י שם ד"ה סברוה, ודוחה את הראיה: או שלכולי'עלמא אית להו תקנ"א וברייתא אחת נשנתה קודם לתקנה והאחרת לאחריה, או ("ואי בעית אימא") שאע"פ שכולם מסכימים לתקנת אושא ומדובר לאחר התקנה, מ"מ השחרור (בשן ועין) מפקיע מן השעבוד שיש לבעל לפי הברייתא הראשונה, ואינו מפקיע לפי השנייה³². ולא שחלקו התנאים בדברי רבא, אלא שכאן "אלמוה רבנן לשיעבודא דבעל" — כלומר, הברייתא השניה, שאיננה משחררת את העבד לא לאשה ולא לבעל, סבורה כי אע"פ ששחרור כדרך כלל מפקיע מן השעבוד, כאן אין כוחו יפה; בודאי שמשפט זה כאן הוא מקורם של בעל השאלות ורש"י!

ולאחרונה³³ תירוצו נוסף: לכולי עלמא "לית להו להני תנאי תקנת אושא",³⁴ והמחלוקת היא אם קנין פירות קנזין הגוף דמי או לא.

דומה כי מחלקה האחרון של הסוגיא משתמעת בבירור התלכטותם של האמוראים בשאלה שהעלינו למעלה³⁵: אם תקנת אושא מכי"ד של רשב"ג באושא יצאה, בדרך שלפני רבי יהודה הנשיא, הכיזד לא בא זכרה במקורות התנאיים? ובדרך כזו, מגוון של שלש דעות לפנינו: א) יש לתקנה זכר בברייתות; ב) הענין היה שנוי במחלוקת בין התנאים; ג) אמנם אין התקנה תנאית!

31. בעצם זו ברייתא ולא משנה (מכות ג' ע"א); ועי' בתוספות ד"ה אמר רב אידי שהעירו כי יש גם משנה דומה, ועי"ש בדיומם.

32. עפ"י דברי רבא הידועים בכמה מקומות בש"ס (יבמות נו א, כתובות נט ב גיטין מ ע"ב ועוד) כי "הקדש תמזן ושחרור מפקיעין מידי שעבוד".

33. בדף ז ע"א.

34. אמנם ר' בשטמ"ק לב"ק כאן (ע' תרל"א) שיש מי שגרס כאן "אידי ואידי קודם תקנת אושא", ולפי גירסא זו כ"ע אית להו תקנ"א ועי' להלן (ע' תרל"ב) בדברי הרשב"א שבסוף דבריו הוכיח כי גירסת רש"י (כלפנינו) עיקר.

35. ע' 491.

ועתה נוכל לשוב אל השאלות שהצגנו בראש דיוננו זה³⁶.

הרב יוסף צבי דינר עומד על השאלה הראשונה שהעלינו בזו הלשון³⁷:

”יש להעיר כי מקור ההלכה האשה שמכרה בנכס”מ בחיי בעלה וכו’ לא נודע בישיבות דאמוראי כבל עד דזר ג’ להאמוראים, דהא עדיין רב יוסף סבר דשמואל טאמר הלכה הנ”ל אמרה משום דס”ל דק”פ בקה”ג הוא³⁸, וגם ר’ ירמיה (בראבא – יב). סבר ששמואל מדעתיה ולא על פי תקנת אושא אמרה³⁹, ונראה, ששמעו האמוראים מקור התקנה לא קודם הדור הג’, ואחר ששמעו אותו בקשו למצוא אותו במשנה ובברייתא...” עכ”ל.

נראה מלשונו של הרי”צ דינר, כי לדעתו שמואל מצטט את תקנת אושא כלשונה ממש, ורק האמוראים המאוחרים טעו בהכנתה, וסברו כי מתודשת ההלכה על ידו; אלא שקשים הדברים להיאמר ולא זכיתי להבינם אל נכון; בלא ספק היו הקשרים בין א”י ובלק קבועים וטובים, וראינו כי רבי שמואל בר אבא וחלק מן האמוראים שדן במקרהו בבליים שעלו לא”י היו, או אנשי א”י שהגיעו לבלל; יקשה לשער כי תקנה חשובה ומפורסמת מימי רשב”ג לא היתה ידועה בבבל (אחרי שהגיעה לשם עוד לפני שמואל...) בדור האמוראים השלישי.

אמנם יתכן, עם זאת, שהתקנה היתה שנויה במחלוקת, ולא כל התכמים סמכו עליה את ידיהם (ועדות לכך – בנסיגות הראיה ממקורות תנאיים ודחיייתסו); אך בנקיטת הורמנא ולולי דמסתפינא מגדולי הראשונים ז”ל – דבר זה בא כחשבון דק אם היתה התקנה מאוחרת, מדורו של ר’ יוסי בר חנינא, ואז יש מקום לשמואל לפסוק כמותה אף בבבל – ויכולים אמוראים אחרים (ר’ ירמיה) לחלוק על פסק ההלכה, מה שלא יכולים היו לעשות אילו היתה התקנה אמנם תנאית, ומכית דינו של הנשיא באושא⁴⁰!

36. ע’ 523.

37. בהגותו על ב”ק, פרנקפורטדימין תרע”ג, ע’ מא.

38. לא הבאנו דבריו של רב יוסף לעיל בסקירת הסוגיא; מקומו בבירור דברי רב יהודה בשם שמואל י”ו אינה דומה למשנתינו, עיי”ש.

39. וצריך להבין – אם אמרה מדעתו – מה סברתו ובמה נחלק עליו ר’ ירמיה, ולדעתו של רי”צ דינר: “עפ”י סברה אמר הדין הנ”ל, והיינו משום דאע”פ שאין לבעל בחיי אשתו אלא פידוח, בנכס”מ שלה, מ”מ כיון שהוא יורשה לאחר מיתתה אינה יכולה למכור זכותו לאחר, וע”כ אמר ר’ ירמיה כי ממשנה הנ”ל (הכותב לבנו וכו’) יוצא להדיא שהדין אינו כן...” הדברים צריכים עיון, כיון שזו בדיקת סברת הידושלמי כפי שהראינו לעיל, וראה עוד לקמן בענין זה.

40. ובעל הלכות גדולות כאן כתב “וקיימא לן כדשמואל ובתקנת אושא”, ונראה מדבריו כי אמנם מתבסס שמואל על התקנה.

ומכאן לשאלתנו השנייה, שהיא בעצם שאלת רבותינו בעלי התוספות⁴¹:

"ואם תאמר: לר' יוחנן למה הוצרך לתקן כיון דמקנין הגוף דמי? ויש לומר: דאצטריך להיכא דכתב לה דין ודברים אין לי בנכסין ובפירותיהן ובפירי פירותיהן עד סוף העולם, דאין זה אוכל פירות כדאמר בהכותב (כתובות פג א)..."

אלא שתירוצם של בעלי התוספות קשה מעט לשיטתם של בעל השאלות ורש"י; שהרי אם סילק עצמו הבעל מן הפירות שלזכותו, כיצד יזכה בשעבוד על הגוף? וכנראה שכוונתי כזה לדבריו של הרשב"א בחידושו על ב"ק⁴²:

"ואם תאמר: לרבי יוחנן לית ליה תקנת אושא? יש לומר, דסבר רבי יוחנן דמעולם לא תקנוה, דלא אצטריכא להו... וצריך לי עיון בזה (במש"כ בטם התוס') לתרץ שמדובר בכותב דוד אין לי בנכסין וכו') ובנותן מתנה לאשתו דק"ל שקנתה ואין הבעל אוכל פירות, דאפשר לומר כשתי אלז שאם מכרה בחיי בעלה אין הבעל מוציא מיד הלקוהות, שאם בחייו⁴³ אינו מוציא לפי שאין לו בהן כלום, ...היאך יורש הוא לאהדיה? שתקנת אושא עשו את הבעל כלוקח ראשון⁴⁴, ואם הוא שנעשה לוקח ראשון סילק עצמו מהן, היאך יחזור ויוציא מיד לוקח שני?"

לדבריו של הרשב"א, אמנם יתכן כי חולק רבי יוחנן על התקנה עצמה — ואע"פ שכתב כי "מעולם לא תקנוה", קצת קשה לומר כן: האמנם לא ידעו אמוראים בדור זה מה נתקן דור או שניים לפניהם? והאם יתכן כי אמוראים יחלקו ביניהם ב"מציאאות" ומה נעשה בעבר הקרוב? — ושוב מכאן חוליה נוספת בשרשרת הראיות לשיטתנו: אם אמנם הייתה תקנת אושא תקנה אמוראית, בזמנו של רבי יוחנן עצמו, ברור שהוא — לשיטתו כי ק"פ בקה"ג דמי — אינו נזקק לה כלל!

וכדברים האלה הציג כבר רבו של הרשב"א, הרמב"ן בחידושו לבבא בתרא⁴⁵. בחירוצו הראשון הוא מסביר כי אמנם זו מחלוקת בין ר"י ור"ל! ולהלן, מציע הרמב"ן תירוץ נוסף לקושי התוספות, שאין בו אותו קושי שהקשה הרשב"א:

"... ועוד מהני ליה (לרבי יוחנן — י.ב.) תקנתא, דמדינא בעל יורש

41. ב"ק פ"ח ב ד"ה באושא, וע"ע תוס' כתובות ב ע"א ד"ה הבעל.

42. לר"פ פח ב ד"ה אלמא, ע' 190 בד' לויך אפשטיין.

43. ג"ל שצ"ל בחייה.

44. "לוקח ראשון" כנראה לענין הפירות וכמ"ש לעיל, שאם אין ק"פ קה"ג מגין, וכל ענין "לוקח" עוד יבורר להלן.

45. לר"פ קלו ב, עיי"ש.

הויא, ואפילו לא הויא מכירתה מכירה — משלם ללוקח דמי ההוא
ארעא דשקל מיניה כדין מלוה עליפה, ושוייה רבנן כלוקח ולא
מהדר דמי כלל...⁴⁶

וזוה חזרנו אל בירורנו שבפרק הקודם, בענין הדמים, שהנה לפי תירוצו המבריק של
הרמב"ן, וקוק רבי יוחנן לתקנת אישא לשם עצם ענין זה עצמו, היינו לפטור את הבעל
מתשלום עבור הקרקע שמכרה האשה, בעוד שאילו היינו מסתפקים בדין הכללי של "קנין
פירות כקנין הגוף דמי" — היה חייב לשלם כדין יורש!

וכדברי הרמב"ן מצאנו גם בשם מוהר"כ צדק בשם מורנו ח"ד אברהם בשטמ"ק⁴⁶, ושם
הובא עוד תירוץ בשם הרא"ש: קנין פירות של בעל חלש יותר מקנין פירות של אב, ועל כן
אע"פ שר"י סובר שקנין פירות של אב כקנה"ג דמי, אין הדבר כן בק"פ של בעל, ועל כן
צריך לתקנת אושא. הקושי בתירוץ זה הוא שהגמרא משווה את שני המקרים ואינה רואה
מקום להבחין כך ביניהם, ומהיכי תיתי לרא"ש ליצור את התבדול?

להלכה הוסכם כדעתו של ריש לקיש, כי קנין פירות אינו כקנין הגוף⁴⁷, וההגיון הפשוט
מחייב כך: הרי הבדל גדול הוא בין הזכות לעיקר הנכס, לבין הזכות ליהנות מפירותיו,
לתקופה קצובה או ארוכה או אפילו בלתי מוגבלת, וכבר ראינו דברי האחרונים בענין זה
למעלה⁴⁸; אדרבא — דברי רבי יוחנן — שקנין פירות כקנין הגוף דמי — דורשים הסבר!
וכדברינן העיר פרו"פ בועז כהן במאמרו החשוב "לחקר קנין פירות במשפט העברי
והרומאי"⁴⁹, והוא מציע את ההסבר הבא לדעתו של ר"י:

"... עלינו להסביר דברי ר"י ככה: הבעל של קנין פירות יש לו
כאילו זכות של קנין הגוף (כלומר — לא שבאמת קניו לו הגוף, אלא
העצימו את זכותו על הנכס כאילו היה לו קנין גוף). בירצא בל, אנו מוצאים
שהתלמוד מפרש דברי המשנה: 'הא מני — רב יוסי, דאמר עטו את
שאינו זוכה כזוכה, ורש"י מוסיף את המלים "במקומות הרבה"⁵⁰...
הכלל העולה מדברינו הוא, כי ר"י לא התכוון לקבוע כלל שלבעל

46. לבי"ק פח ב הנ"ל, ע' תרכד; וראה שם שהביאו לכל הדיון בהרחבה.

47. אע"פ שבבל הש"ס כלל בידינו לפסוק הלכה כר"י כנגד ר"ל, כאן פירשה הגמרא (רבא) כבבלי יבמות
לו א (וענין ק"פ בע"ב) כי הלכה כר"ל, וראה ב"יד מלאכי" סי' תקס"ח (ע' 95 במהדורת ברלין, צילום
— ירושלים תשכ"ד) תומר רב; ואולי חשוב לציין גם לדבריו של אב"י בסוף הדיון בסוגית גיטין מח ב:
"נקיטין, בעל בנכסי אשתו צריך הרשאה" ופירש"י שם: "מאשתו, אם בא לדון עם שום אדם בגוף
הקרקע, דאי ליכא הרשאה מצי א"ל לאו בעל דברים דידי את, דק"פ לאו כקנה"ג הוא".

48. לענין הנפ"מ בין שיטות הרמב"ם והרא"ש מתי מוציא הבעל, לעיל ע' 503 ואילך.

49. ספר אסף, ירושלים תשי"ג, ע' 338 ואילך.

50. גיטין ל ע"א.

ק"פ יש תמיד זכות הבעלות בשרה, אלא שק"פ דומה לפעמים — בתנאים מיוחדים — לקנין הגוף למטרה מיוחדת...⁵¹.

מדבריו של פרופ' כהן עולה אפשרות של תירוץ חדש לקושיתם של בעלי התוספות: באוּשא התקינו אמנם לעשות את ה"קיד" של מכירת נכסי מלוג לאחד מן המקרים המיוחדים בהם קנין פירות קנין הגוף דמי⁵².

לסיכום הפרק כולו, הריני רוצה להביא משהו מתורתם של אחרונים — ואע"פ שאין זה מלכתחילה בתחום ענין המחקר הנזכר; כוונתי לפלפולרסיכמו של הגאון בעל "קצות החושן", הרב ר' אריה ליב הכהן, ונביא דבריו עפ"י ספרו "אבני מילואים"⁵³ ומשהו גם מן ה"קצות"⁵⁴ — בקצרה ובלשונו. (ויורשה לנו להציע לכל מעיין לפנות לדבריו הנפלאים במקורם):

ג' מחלוקת הן: א) מחלוקת הראשונים אם מוציא הבעל גוף הקרקע — בחיי האשה — תלוי בזה פירוש הגמ' בדף ע"ב ב': "תקנת אושא בגוף הקרקע ולאחר מיתה", אם הכוונה לתחילת הזכיה (רמב"ם), או שהכוונה שיש לו בפירות שיש לו לאחר מיתה (שהרי למ"ד שהבעל מוציא מיד, עוד בחיי האשה, כיצד תתפרש הגמרא שהתקנה היא לאחר מיתה?), וענין זה תלוי במחלוקת הבאה:

ב) במקרה שאין לבעל בפירות הנכס⁵⁵, האם חלה תקנת אושא? ועניין בטור ויש"ע אהע"ז סי' פ"ה כל הויכוח בזה (— לדעת הרמ"ה אין תקנ"א חלה, וכן ראינו ברשב"א, ואילו לדעת הטור והרא"ש חלה), ושם באבנ"מ ס"ק יא⁵⁶;

ג) מחלוקת הטעמים דלעיל, אם "אלמוה רבנן לשעבודיה דבעל משום איבה" אע"פ שק"פ לאו כקה"ג דמי בדרך כלל (כר"ל) — כאן כקה"ג דמי, או שהטעם הוא "שמא תיתן מהנכסים לקרובה ע"מ להבריחם מירושת הבעל" (ירושלמי ותר"י בשטמ"ק), שלפי הטעם

51. ע' 349 שם.

נלענ"ד להעיד על דבריו:

א) בפשטות משמע שר"י ור"ל חולקים בעקרון, ולא מתי ק"פ כקה"ג.

ב) מחלוקתם, נלענ"ד, בגדרי זכות השימוש בנכס. שלר"ל בעלות זכות השימוש הם שני גדרים נפרדים לגמרי; ולר"י הואיל והבעלות מתבטאת בפועל בזכות השימוש — מסירת זכות השימוש היא כמסירת הבעלות (בהדגשת כ"ף הדמיון, כמוכח; קנין הגוף). ולר"ל העיקר מה שבחם הם שני גדרים נפרדים. — (א.ב.)

52. ובדומה, בענין הבן והאב וכו' שבו נחלקו ר"י ור"ל במקור — לדעת ר"י שם היה צורך בהקנת זכות היתר לבעלי קנין פירות!

53. אהע"ז סי' צ', ע' קכב במהדורת ציוני, תל אביב תשי"ז, וראשי הישיבות בדורנו אף הם האריכו לדון בדברים — ראה, למשל, בשעורי ר' תיים מטלז (כ"ב ע' רלח ואילך), ובחדושי ו" שמעון שקאפ ליבמות (בסוגית החולץ, לט א).

54. סי' ק"ג בחו"מ.

55. ר' בדברי הרשב"א, לעיל ע' 528.

56. שם ע' קכ"ז.

הראשון חלה תק"א רק כשיש קנין פירות, ולפי הטעם השני גם כאשר אין פירות... וכאשר יוכן לכל מעיין, תלויות המחלוקות זו בזו; ומכאן קשה מעט על הרמב"ם, שלדעתו שהבעל מוציא מן הלקוחות רק לאחר מיתה, משמע שיש ללוקח קנין כלשהו בקרקע, וזה יתכן רק אם ק"פ לאו כקד"ג דמי (גם כאן) והטעם — שמא תברית, וא"כ איתא לתק"א גם אם אין הבעל אוכל פירות וסילק עצמו מהן (וכשיטת התוספות), ועל כן מדוע מכרה קיים, בדיעבד, בנכסים שאין יודעים לבעל?⁵⁷ בשלמא לשיטת הרמ"ה ניהא, שלשיטתו אם אין הבעל אוכל פירות אינה לתקנת אושא, וכאן כיון שאין הבעל אוכל פירות, שוב יכולה למכור...⁵⁸ רמז להתלבטות זו (אם התקנה משום ירושת הבעל או משום שחיקוק כוחו כלוקח) אתה מוצא בנסתחו של רבינו יעקב בעל הטורים⁵⁹:

"כיון שהבעל יורש את אשתו אינה יכולה למכור שום דבר מנכסיה,
ואם מכרה אחר שניסת, בין אם נפלז לה קודם אירוסין וכו' הבעל
מוציא מיד הלקוחות, שעטו אותו לוקח בנכסיה והוא לקח
תחילה..."

ובכן — משום יורש או משום לוקח?

וכאן מקום אתנו לעיין יותר בעצומו של מושג ה"לוקח". הלוקח הרי הוא — בלשון ימינו — הקונה. מהו זה ש"לוקח" הבעל? אם הכוונה לפירות — במה זכה; ואם הכוונה לקרקע גופה — מתי וכיצד לקחה?
ולצורך עיון זה, עלינו לעבור לסוגיה אחרת בגמרא, ועמה — לפרק הבא.

57. ראה לעיל ע' 491 בסוף המשנה בדברי רבי שמעון, וכן פסק הרמב"ם להלכה בפרק כ"ב מהלכות אישות הלכה ח'. וראה עוד באבן"מ שם ס"ק י"ז (ע' קכ"ז במהד' ציוני) שדן במחלוקת ראשונים נוספת: הטור לא חילק מתי נפלו לה הנכסים שאינם ידועים לבעל, אך בחידושי הרא"ה לכתובות פסק שאם נפלו לאחר הנשואין אין מכרה קיים, עי"ש. וכן משמע מדברי הרשב"א (שו"ת ח"ב ס' ק"מ) שאשה שקבלה מתנת נכסים ע"מ שאין לבעלה רשות בהן ונשאת — הרי היא כמכרת נכסיה לבעלה (!) וחלים עליהם כל דיני נכס"מ, עי"ש.

58. והטעם, פירש ברא"ש בשם הרמ"ה, כי "תקנו פירות תחת פרקונה", (ר' שער תק' פירות) ואם אינו יודע על הנכסים, לא ימנע מלפרקה אם לא יאכל מן הפירות... [וראה עוד לענין תק"א בנכסים שאינם ידועים בלקוטים בסוף מהדורת הרמב"ם של הרב שבתי פרנקל לסדר נשים ע' תסן].

59. סימן צ', וראה לעיל ע' 501.

פרק ששי

בעל בנכסי אשתו — לוקח הוי

בכבלי, בבאמציעא, דף לה א, מביאה הגמרא סוגיא קצרה הדנה בענין שומא. השומא היא המוסד המשפטי המעביר למלוה את קרקעו של הלווה (או את דמיה) שהיתה משועבדת לחוב; לדעתם של חכמי נהרדעא שם יכול הלווה להחזיר לעצמו את הקרקע תוך שנים עשר חודש אם יפרע את דמיה למלוה, ואילו לדעתו של אממר (והוא עצמו — בן נהרדעא) שמורה זכות זו ללוה לעולם מדין "ועשית הישר והטוב"; להלן מוגבלת זכות זו של הלווה במידה והקרקע נמכרה, עברה בירושה או ניתנה במתנה לצד שלישי, כיון שאין מקום לגרום לאנשים אלה, שרצו בקרקע כו, להפסיד מקחם². מכאן אנו באים לקטע השייך לתקנה דידן:

"שמו לה³ לאשה ואינסיבא⁴ או שמו מינה דאשה ואינסיבא ומתה⁵
— בעל בנכסי אשתו⁶ לוקח הוי, לא מיהדר ולא מהדרינן ליה,
דאמר רבי יוסי בר חנינא באושיא התקינן האשה שמכרה בנכסי
מלוג⁷ בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיר הלוקוחות".

דין הגמרא פשוט: אשה שהלוותה לפלוגי ממון ולא היה לו להחזיר ושמו לה בית-הדין מקרקעו של פלוגי בחובה, ולאחר מכן נישאה לאלמוני, אין פלוגי יכול יותר לבוא ולשלם דמי קרקעו להחזירה אליו מדין "שומא הדר לעולב", כיון שעכשיו לבעל בנכסים דין לוקח, ולמדנו למעלה כי קרקע שנמכרה אינה תחורת:

מאידך, אם לוותה האשה מפלוגי לפני נשואיה ולא היה לה להחזיר ושמו ב"ד מקרקעותיה שלה, והלכה ונישאה לאלמוני — אין בעלה יכול לבוא אל המלוה ולשלם ולהחזיר לעצמו את קרקעה של האשה, כיון שכלוקח אין דין "שומא הדר" חל עליו.

1. דברים ו' י"ח, וראה ב"מ לעיל דף מז ב.
2. וקצת קשה מדוע נאמר כך גם על הירוש, שלא "ירד" דווקא "אדעתא דארעא" ויתכן שלא אכפת לו לקבל תמורתה ממנו; על כן פירש הרא"ש (פ"ג סי' ד', וראה לקמן) כי המדובר בהווישה מחיים, מעין "מעכשיו ולאחר מיתה".
3. בכ"מ ל"י, ובכ"פ ל"ח, וכן להלן בכ"פ שמו ליה מינה.
4. בר"ף ליתא. וברא"ש כאן גרס "ומתה", וכך משמע מרש"י ועוד ראשונים.
5. ליתא בכמה כ"י, ובכ"י המבורג נוסף בגליון "י"ג ומתה", וכן ליתא בר"ח ובר"ף ובספר התרומות (שער ג' חלק ה' סעיף ה' — דף יז ב בד' ונציה) וראה לקמן.
6. בנכסי אשתו ליתא בכ"י המבורג ובכ"פ.
7. בר"ף נוסף שלה, וראה לעיל ע' 486.

- אלא שעם העיין מתעוררות מספר שאלות המורות למדי:
- (1) האם יכולה האשה עצמה לאחר נישואיה, לפדות ולהחזיר?
 - (2) האם נחשב הבעל כלוקח בנכסי האשה רק לאחר מיתה או גם לפני כן?
 - (3) האם היא הבדל לדינא בין "בעל כלוקח" ל"בעל כירש"?
 - (4) האם מחלוקת הראשונים (ר' לעיל הערה 5) בגירסה תלויה במחלוקת הראשונים אם הבעל מוציא מן הלקוחות מיד או לאחר מיתה?

למעשה, שלוש גירסאות לפנינו: נוסחת הדפוסים, בהם באה המלה "ומתה" רק ב"שמו מינה"; נוסחת הר"ח והר"ף בהם לא באה המלה "ומתה" כלל; ונוסחת רש"י והרא"ש בהם מופיעה המלה בשני המקרים כאחד.

וכבר הקשו בעלי התוספות⁸ לדעת רש"י, מדוע יש צורך לומר כי הבעל לוקח הוא — הרי גם אם אינו לוקח, יורש (לאחר מיתתו) הוא בודאי, וגם היורש אינו מחזיר ("אורתה")! ותירץ הרא"ש⁹ כי אם היה יורש סתם, לאחר מיתה, היה חייב להחזיר, ומה שהגבילה הגמ' את זכות ההחזרה הוא רק במי שהוריש מחיים, ועל כרחך שבעל אינו מחזיר רק משום שדינו כלוקח, בדווקא.

וכמובן שלאותם שאינם גורסים ברישא "ומתה" אחי שפיר, שכן אם לא כלוקח, אין שם לבעל כל מעמד, שאין ירושה מחיים.

מאידך, לאלה שאינם גורסים "ומתה" כסיפא, קשה מדוע לא מחזירין להם — הן הבעל מכוחה של האשה הוא בא, ובמה נתקלקלה זכותה לפדות קרקעותיה? וכן הקשה בעל גדוליתרומה ונשאר בצ"ע¹⁰:

והרב המגיד האריך לבאר ענינינו לגירסת הרמב"ם:

רמב"ם פכ"ב מהלכות מלוה ולוה הלכה י"ז:

"...טמו קרקע לאשה ונשאת או ששמו ממנה ונשאת, בעל בנכסי אשתו כלוקח הוא, ולא מחזיר ולא מחזירין לו".

מ"מ שם ד"ה שמו קרקע לאשה:

"לטון רבינו בזאת הבבא... כלשון הגמרא ממש, ועיקר הפירוש כך הוא: שמו לה לאשה ונשאת ודינו הבעלים להחזיר לה ולבעלה הדמים, אין הבעל מחזיר הקרקע, דכלוקח עשאוהו חכמים, ואם היה כירש לא היה עדיין יורש בחיי אשתו והיה לו להחזיר; אי נמי שמו ממנה ונשאת, ודינו הבעל או היא להחזיר המעות — אין מחזירין

8. ד"ה לוקח הוי.

9. ר' לעיל הערה 2.

10. ראה לעיל הערה 5.

להן, לא לבעל — לפי שהוא כלוקח אחר השומא¹¹, ולא לאשה — לפי שאנו חושבין אותה כאילו מכרה נכסיה, ואם היה הבעל כדורש היינו מחזירין לה, לפי שלא היה הבעל יורש מחיים, א"נ היינו מחזירין לו — אם היה יורש — לפי שאף ליורש מחזירין¹²; ויש שדגו בן להחזיר ליורש וכדעת רבינו שכתב 'או יורשיהן למעלה בסמוך¹³. ומיהו אם מת הבעל בחייה ואח"כ רצתה להחזיר דמים, מחזירין לה, וכן אם החזירו לה דמים מהזרת קרקע, וכן נראה מדברי רבינו חננאל ז"ל¹⁴."

ומכל הנאמר נראית מחלוקת הראשונים להיות סוכבת על השאלה שהצגנו למעלה: האם הבטוי "בעל כלוקח הוי" בא לומר כי תקנת אושא מקנה את הנכסים לבעל (ליתר דיוק: כאילו מקנה את הנכסים לבעל¹⁵), או שהכוונה לומר כי יש לו זכות וחשיבות בנכסים כיון שהוא לוקח בהם לענין הפירות.

דברים מפורשים בענין זה מצאנו במאירי¹⁶:

"שכך התקינו באושא, האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה, אע"פ שידוע שלא היה לבעלה בהם אלא קנין פירות, וידוע בקנין¹⁷

11. כלומר, כיון שקנה נכסי האשה לאחר שנעשתה השומא, אין לו כל זכות על נכסים שהיו לה לפני הנשואין, וכנראה שלדעת ה"ה אין ה"זכות להחזרה" ניהנת לקנין ומכאן שאין לבעל כל דין ודברים עם המלה.

12. תוספות שם: "דאי יורש הוי — מהזירין ליה, שהבן פדה קרקע של אביו".

13. לעיל הלכה ט"ז.

14. וראה עוד לכל הענין בשטמ"ק כאן, שגם ר"ן בשם הרשב"א, רמב"ן בשם ר"י ב"י ראוהו ברגלונג, ריטב"א וסתם שיטה, כולם מפרשים סוגיין ללא "ומתה", וכן הוא במאירי (מהדורת שלזינגר ע' 131) ובנמוקי יוסף, וראה בטור ושו"ע חו"מ סימן ק"ג ששם נחלקו בדבר זה המחבר והרמ"א, ולדעת מהר"י קארו שומא הדר ובעל כלוקח תמיד, והרמ"א הוסיף בשם טור ורא"ש ורש"י דדוקא אם מתה, והאריכו נושאי הכלים למעניתם, החל בב"ח סמ"ע וש"ך ובמיוחד בקצה"ת שם ס"ק טו, וקצת קשה שיש לכאורה חוסר-עקביות בזה בין הראשונים, שלמשל לשיטת הרא"ש המכר בטל מיד והבעל מוציא מן הלקוחות מיד וא"כ בעל לוקח הוי מיד ועוד לפני מות האשה, וכאן דוקא הוא גורם "ומתה" ומקיים דין שומא באשה בעודה בחיים, וכן יקשה להיפוך כדעת הרמב"ם, ויש ליישב; וע"ע לענין זה באור-הרוע פסקי ב"מ סו"ס קו, דף טו א במהדורת ירושלים תרמ"ז שבהביאו את הגמרא לא גרס "ומתה" ואילו בהסברו להלכה הזכירה הן ברישא והן בסיפא, ובספר מישרים לרבינו ירוחם (צילום ונציה ש"י"ג) בנתיב הששי ת"א והלן בח"ו (דף נט א שם), ובנתיב כ"ג ח"ד שלכאורה משם דין לוקח בגלל הפירות יש לה: "... הבעל מוציא מיד הלקוחות הגוף כי הוא לוקח ראשון, כי הפירות כל ימיה הן בידו...", ועוד נשוב לזה הלקח בסוגיית ב"מ צו.

15. וכמה יפה דייק ורמב"ם בכתבו "בעל בנכסי אשתו כלוקח הוא", ואע"פ שלשונו כאן "כלשון הגמ' ממש" (מ"מ)!

16. על ב"ק פח ב, ע' 255 במהדורת שלזינגר תשכ"ז: בשנויים מעטים גם בשטמ"ק שם ע' תרכ"ח.

17. בשטמ"ק — דקנין.

פירות שאינו כקנין הגוף, ונמצא¹⁸ שהגוף שלה, ומכרתה הן בלשון מעכשיו לגמדי, והן מעכשיו לאחר מיתת בעלה, והיה ראוי לומר שיהו הלוקחים במקומה עד שאם תמות היא בחיי בעלה לא יהא הבעל יורש אלא יחזיק בהן לפירות כאילו היא חיה עד שימות, וכשימות יזכו הם כמקום האשה כאילו היא חיה שהרי במקומה הם, מכל מקום כה התקנה מפקיע מדבר זה¹⁹, שלא יורש בלבד עשאוהו אלא אף לוקח, רצה לומר, שמשעה שנשאה נעשה לוקח בנכסיה מעכשיו ולאחר מיתתה²⁰, והרי הוא לוקח ראשון, וכשמתה היא בחייו מוציא זכות הגוף שמכרה מיד הלוקח ונשאר הקרקע בירו לחלוטין. ומכל מקום, אם מת הוא בחייה הרי זכתה היא בחייה²¹ בנכסיה, ובשזכתה היא — זכו הלוקחים ממנה...”

מדבריו למדנו, כי התקנה עשתה את הבעל ללוקח בגוף הנכסים על תנאי, היינו אם תמות היא לפניו, אלא שהזכייה בנכסים חלה למפרע, משעת הנישואין, ולכן חשוב הבעל כלוקח ראשון והוא קודם ללוקח שקנה מיד האשה שאינו אלא לוקח שני זכותו אינו עומדת כנגד זכותו של הראשון הבעל.

וכאן עלינו לשאול את עצמנו: האם אמנם באושא התקינו שיהא הבעל כלוקח בנכסי מלוג של אשתו?

האם — במלים אחרות — קבעו באושא גורמה משפטית חדשה: בעל כלוקח, או שמא באושא התקינו, סטטוטורית, כי הבעל זוכה בירושה בנכסי מלוג של אשתו גם אם היא מכרתם תחת בעלה, והאמריאים הם שהכלילו הוראה זו והפכו אותה לגורמה משפטית? הסוגיא בפרק המפקיד שנסקרה לעיל בודאי מאוחרת למדי; אמיר הוא בדור חמישי ששי²² בבבל, וההלכה נפסקה לאחריו, וסוגיתינו בנויה על פסק זה:

להלן ברצוננו לסקור שתי סוגיות נוספות בהן בא לידי שימוש העקרון של "בעל כלוקח", ובשני המקרים הסוגיות מאוחרות (אביי ורבא) יחסית; בפרק הבא נעיין בסוגית ב"ב קלט, ונראה כי הגמרא עצמה מתלבטת בשאלה אם הבעל כיוורש או כלוקח; ואם נזכור כי הירושלמי סבור בפירוש כי בעל כיוורש ואינו כלוקח, נוכל לצייר לעצמנו את ההשערה הבאה:

18. שם — דנמצא.

19. תיאור המצב אלמלא התקנה עפ"י המאירי מפתיע למדי, וראה מה שהצענו בזה בשם הר"י מיגאש לעיל ע' 498; אך כבר הזכרנו במק"א כי יש מן הראשונים שכך פירשו דברי הגמרא בכתובות ע"ב ב (תק"א בגופה של קרקע ולאחר מיתת) — כי הבעל זוכה בפירות גם לאחר מות האשה, ועד למותו הוא. ואכמ"ל בזה יותר.

20. בשטמ"ק — מיתה.

21. שם — "בחייה" ליתא.

22. אלבק שם ע' 426.

התקנה נקבעה באוּשָׁא באופן סטטוטורי, כדי למנוע הברחת נכסי האשה מירושת הבעל, או כדי למנוע נשים מלמכור נכסי בעלים (אולי כאשר נפלו בשבי?) ולומר "שלנו הם"²³; באופן כזה נשתמרה התקנה בירושלמי, בבבלי, הוכרה התקנה ע"י שמואל²⁴ בלא הסבר מפורש, ורק אחרי שני דורות נוספים, עם המגמה הכללית להכללה והפשטה של הקזואיסטיקה התלמודית²⁵, הביאו גדולי האמוראים להכללתה של התקנה והפיכתה לגורמה משפטית מחייבת.

נפנה איפוא, ראשונה, לסוגית הבבלי בכתובות צה ב:

"אמר אביי: נכסי ליה²⁶ ואחריו לפלוני, ועמדה וניסת²⁷ — בעל לוקח הוי, ואין לאחריך במקום בעל כלום. כמאן? — כי האי תנא²⁸ דתניא²⁹: נכסי ליה ואחריו לפלוני, ידד הראשון ומכר³⁰ — השני מוציא מיד הלוקחות,³¹ דכרי רבי; רבן שמעון בן גמליאל אומר: אין לשני אלא מה ששייר ראשון³²..."

ובתוספות הרי"ד כאן:

"פירוש, בעודה פנויה אמר לה³³, וכיון שנשאת — בעל לוקח הוי,

23. ר' לעיל ע' 521 והערה 3, וכן להלן בע' 522 הע' 11.
24. האגמאתי בב"ק פח ב מביא את רבינו חננאל על דברי שמואל: "...הכי אמר שמואל, האשה שמכרה נכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלוקחות, אלמא בעל ידית לה..." וראה לעיל ע' 523 למעלה.
25. כבר העיר על כך הרי"צ דינר במנאטשריפט משנת 1871 ע' 314, וראה עוד אצל פרופ' ב. דהפריס ז"ל "תולדות ההלכה התלמודית" תל אביב תשכ"ב ע' 142 ואילך.
26. בכ"י מינכן: נכסיך לך, ובד' ונציה רפ"א: נכסיי.
27. בכ"י מ: ונשאת.
28. בכ"י מ: כהאי תנא: בד"ו: האי תנא ("כי" ליתא).
29. ר' במקבילות בכ"ב קלו. ובסוטה כא: ובכ"ב שם מבנה הסוגיא אחר, ובא בהקשר למחלוקתם של ר"י ור"ל אם ק"פ כקו"ג אם לא, ולדעת ר"ל אע"פ שההלכה כרשב"ג "אחריו שאני" (ע' ברשב"ם שם קלו ב [ד"ה אחריו, קלו, א' ד"ה ה"ג תנאי היא] ובתוס' בסוטה ד"ה אביי), ור"י פוסק כרשב"ג, ובה מתורץ מה שקשה לכאורה מאכ"י בסוגית השולח (כמובא לעיל ע' 529 הערה 47) שבפירוש פסק כר"ל וכאן הולך הוא בדרכו של ר"י — אלא ע"כ אחריו שאני, וכן פירשו התוספות בסוטה שם.
30. בכ"י מ — ומכר ואכל, וכ"ה במקבילה בכ"ב קלו, ועיי"ש ברשב"ם "אירחא ומילא נקט שמכר והוציא המעות בהוצאה".
31. בד"ו מציא' ובגראה שהכוונה לגרוס מוציאה.
32. בכ"י מ — הראשון.
33. דבר זה מבורר הן מלשון הברייתא "ועמדה וניסת" והן ממסקנתה של הגמרא בהמשך הסוגיה — שלגבי נשואה אומר אביי כי כיון שנוצר 'מעגל קסמים' (עיי"ש בפנים) יש לשוברו בהכרעה כי הנכסים נשארים ביד הלוקח, משא"כ כאן, והסברא — שהאומר לאשה נשואה "ואחריו לפ" מתכוון בזה להפקיע מראש כל זכות של הבעל בנכסים, ואכמ"ל יותר.

בדאמרינן בתקנות אושא, דבעל טויוהו רבנן בנכסי אשתו כלוקח...
 רשב"ג אומר וכו', פירוט, אלמא היכא דמכר — מכרו קיים, ואין
 לטני כלום, הכא נמי כשנשאת כאילו מכרתן לו דמי, ואין לאחריך
 במקום בעל כלום³⁴.

לא ניכנס כאן לכירור הדברים ומחלקתם של רבי ורשב"ג אביו, שכן אינם ענין לכאן,
 ומקומם העיקרי בסוגית ב"ב הנ"ל, שם מביאה הגמרא ברייתא הפוכה לכאורה ומן הניגוד
 מנסה להסביר שיטות התנאים ומפרשיהם; ומכל מקום אין מחלוקתם טובבת על דין הבעל,
 אלא על הדין הכללי בין ארבעה צדדים: א' הנותן ('נכסי לך ואחריך לפלוני'), ב' המקבל
 הראשון, ג' הלוקח (שקנה מן המקבל הראשון) וד' המקבל השני ('אחריך');
 אב"י, בדור הרביעי, הוא המחיל את המחלוקת הכללית הזאת על המקרה הספציפי בו ג'
 הוא בעלה של האשה (ב') — והוא המסיק מתקנת אושא כי אם ההלכה כרשב"ג — אזי
 הבעל זוכה בנכסים, ואין ל'אחריך' (ד) כלום.
 (יש ענין מרובה בראייה זו, שכן למ"ד כי תקנת אושא מקורה בבי"ד הגדול של רשב"ג
 באושא — יש קורלציה מענינת בין דעתו של רשב"ג לתקנה מחד, והסכר מדוע לא נפסקה
 תקנת אושא במשנה, כרבי, מאידך...).

הסוגיה השניה נמצאת בכבלי בבא מציעא דף צו (סוף ע"א, וע"ב)³⁵:

"בעי דמי בר חמא: בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי?
 — אמר רבא: לפום חורפא שבשתא! מה נפשך: אי שואל הוי —
 שאלה בבעלים היא, אי שוכר הוי³⁶ — שכירות בבעלים היא!
 ...אלא כי קמבעיא ליה לרמי בר חמא³⁷ כגון דאגרה אייהי פרה
 מעלמא³⁸ והדר נסבה — ואליבא דרבנן³⁹ דאמרי שואל משלם

34. וראה גם ברמב"ן בחידושיו לבי"ב קלט ב שפירש אף הוא כך; וע"ע בשו"ת הרשב"א (המיוחסות
 לרמב"ן) סי' מה; וממקומנו הביא הגר"א בשו"ע תו"מ סי' קע"ה ס"ק מב דבעל כלוקח.
 וראה מה שפסקו בזה להלכה הרמב"ם בהלכות זכיה ומחנה פי"ב הי"ב, וטושי"ע תו"מ רמח סעיף ח'
 ואהע"ז סימן צא.

35. ראה לעיל עמ' 520.

36. בכ"מ — ואי.

37. עפ"י כ"מ; לפנינו בד' אלא כי קא מבעיא לרמי בר חמא, והרנ"ר בדק"ס משמיט חלק ניכר מן
 השנויים בכל הסוגיא.

38. בכ"י המבורג ליתא "כגון" ו"פרה", והאחרונה גם לא בכ"פ.

39. בכ"י הנ"ל; ואליבא דמאן דאמר, וכן לקמן במקום ר' יוסי.

לשוכר⁴⁰ לא תיבעי לך, דודאי טאילה⁴¹ בבעלים היא; כי תיבעי לך — אליבא דר' יוסי⁴² דאמר תחזור⁴³ פרה לבעלים הראשונים, מאי? שואל הוי או שוכר הוי⁴⁴?
אמר רבא: בעל לא⁴⁵ שואל הוי ולא שוכר הוי אלא לוקח הוי — מדרכי יוסי בר חנינא...⁴⁶

ולהלן:

“בעי רמי בר חמא: בעל בנכסי אשתו — מי מעל?
(רש"י ד"ה מי מעל: כגון שנפלו לה נכסים מאביה משנשא וצמחן מעות של הקדש ואין יודעים שהן של הקדש ואמור רבנן בעל זוכה בהן בכל הנכסים להשתמש ולאכול פירות, ובתקנה זו נעשה שליח⁴⁷ בנכסי הקדש לקנותם, וקס"ד שזו היא יציאתם לחולין, ואפי' בעודם צרורים ומגומים — מי מעל בהצאה זו?⁴⁸)
“אמר רבא: מאן לימעול? — לימעול בעל, דהיתרא ניחא ליה דליקני⁴⁹, איסורא לא ניחא ליה דליקני! תימעול איחי — דהיתרא⁵⁰

40. לעיל לה ב: “השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה כדרכה, ישבע השוכר שמתה כדרכה (כדין שומר שכר, ואחרי שנשבע — פטור מלשלם) והשואל ישלם לשוכר (שממנו שאל, וכך דינו של שואל שמשלם באונס); אמר רבי יוסי: כיצד הלה עושה סתורה בפרתו של תבירו? אלא תחזור פרה לבעלים (כלומר, על השואל לשלם מה שנתחייב בו במישרין לבעל הראשון). ובמקרה שלפנינו: האשה שכרה ממלוגי ובעלה נשתמש בפרה מדין נכסי מלוג. לדעת חכמים, הבעל שואל מן האשה ולכאורה חייב לשלם לה, אלא שבדודאי האשה היא “עמור” ולכן זו שאלה לבעלים ופטור; אבל לרבי יוסי, שהבעל מנהל את הדיו עם המשכיר (“פלוגי”) — האם הבעל נחשב כשואל (כי זה מעמדו כלפי האשה) או כשוכר — כיון שהפרה הגיעה לידיה מן האשה והוא זכאי בשמוש זה משום שהוא נתן תמורה לו (פדיונה מן השבי)?

41. בכ"ה “דשאלה”, ו”דודאי” — ליתא.
42. בכ"מ ליתא (ולא העיר ע"כ בדק"ס); ובכ"ה כדלעיל הערה 39.
43. בדפוס וילנא אחדים כאן טה"ד “תחזיר”, ומצוה לחקן.
44. בכ"מ (ואינו בדק"ס) כאן בסדר הפוך: שוכר הוי או שואל הוי? ובכ"ר או דילמא.
45. בכ"מ לאו, וכן להלן (ואינו בדק"ס).
46. בכמה כ"י (ה, פ, רב) וכן בריטב"א ובר"ן בכל הסוגיא “לוקח ראשון”.
47. במסורת הש"ס שתי גרסאות נוספות: שליט, שלישי.
48. [מפירש"י יש מקום להבין ש"מי מעל" הכוונה בארמית ל"האם מעל", ולא “מי הוא זה הנחשב מעל”. אבל מתמשך דברי רבא משמע שהשאלה בעברית; האם מעלה האשה או בעלה. ותלוי, כמובן, בגידסת הגמי כבהערה 50 — א.כ.].
49. בכ"מ היתרא; ובכ"ר (לקמן) דאיסורא.
50. יש בלבול הגון בנוסחאות כאן, ועי' תוספות ד"ה אמר רבא ובדק"ס ובמהרש"ל; ובכ"מ ליתא לכל הקטע תוך ב"איהי" וכן אין לו רמז ברש"י! (ולפלא כי אף על כך לא העיר הרנ"ד בדק"ס). ועי' לעיל הערה 48.

נמי לא נוחא לה דתיקניו נימעלו⁵¹ בית דין — כי עבדו רבנן תקנתא ואמרו בעל לוקח הוי⁵² להיתרא, לאיסורא — לא עביד תקנתא⁵³! אלא אמר רבא — בעל מעל⁵⁴ לכשיוציא⁵⁵...”

אם בסוגיא הראשונה (בענין “אחרין”) היה זה אביו שהפעיל את ההלכה של ריב”ה כנורמה משפטית כוללת, הרי שכאן הוא חבירו של אביו, רבא, המתיל את אותה נורמה תוך כדי ויכוח עם חבירו (המבוגר ממנו) רמי בר חמא; האם אמנם לא ידע רמי בר חמא על תקנת אושא? אין זה מתקבל על הדעת — שהלא ראינו כי לא נצטמצמה התקנה לחכמי א”י אלא גם שמואל ותלמידיו בבבל שנו אותה⁵⁶; על כרחנו כי המחלוקת ביניהם היא באמת ענין זה של הפיכת התקנה הסטטוטורית לנורמה כללית!

מיניה וביה אנו עדים להגבלתה של הנורמה: כיון שתקנת חכמים היא, משתרע תחום חלותה רק על מה שהוא לחיוב, פוזיטיבית; ולא על מקרה העשוי להביא לידי עבירה (מעילה)!

שהנורמה לא היתה מקובלת ככזאת על דעת האמוראים כולם, יכולים אנחנו להוכיח מאותה סוגיא, בתחילתה⁵⁷:

“בעי רמי בר חמא⁵⁸... שאל מהאשה ונשאל בעלה⁵⁹? אשה ששאלה ונשאל לבעל מהו⁶⁰? קנין פירות בקנין הגוף דמי — או לא⁶¹? ... אמר ליה רב אחא בריה דרב אויא לרב אשי: בעל — פלוגתא

51. בכ”מ: לימעלה וברש”י כאן ד”ה נמעלו ב”ד: “של ישראל שבאותו דור, שכל תקנות משפט תלויה בהן ועל ידיהן נוהגות חוקות המתוקנים לצבור מאז, והוי כמי שתקנו לו הם קנין זה ונמצאו הם המקנין לנכסי הקדש והוציאו לחולין” — והדברים חשובים ומרהיבים!
52. בכ”מ ליתא “ואמרו בעל לוקח הוי”, והוא באמת לשון פירוש; וכן הוא חסר ברש”י כאן ד”ה הכי גרסינן (כלומר — יתכן שאין מכאן עדות על קדמותה של ההכללה הנורמטיביתו). [אבל לכאורה לא “הרווחנו” בזה, כי רבא בסוגיין לעיל, הערה 45 אמר כדברים האלה].
53. בכ”מ מ, רא ורב, פ: דאיסורא ממילא אתי (במקום ארבע המלים שבפנים) ואיני יודע לפרשו, וכנראה זה היה הנוסח שתיקן רש”י בד”ה ה”ג, וגירסת הגמרא שלפנינו מקורה בהגחתו.
54. מ: מעל בעל.
55. ברש”י ד”ה אלא אמר רבא: “בעודן צרויין ומונחים לא קנה בעל... ואין כאן מעילה, אלא לכשיוציאם לחולין בעל מעל”.
56. לעיל ע’ 523 בסופו.
57. בבלי שם צו א.
58. רמב”ח שואל שם סדרה של שאלות, וזו שלפנינו היא השביעית במנין.
59. בהגהות הב”ח נוסף “עמה”; ובכל כתבי היד מדויק יותר: שאל מן האשה ונשאל לו בעלה מהו? (המילה האחרונה נשמטה בדק”ס), והכוונה ברורה לשאל אם היות הבעל עמו במלאכתו נחשב ל”שמירה בבעלים”.
60. מ: ונשאלו בעלים לבעלה מהו?
61. פ: מהו מי אמרינן וכו’. וה: או לא קנין הגוף דמי — תיקו’ והעיר הר”צ רבינוביץ כי “תיקו’ בודאי מוטעה, שכן נפשטה השאלה להלן.

רד' יוחנן וריש לקיש... דאיתמר 'המוכר שדהו לחבירו לפירות'
 וכו'..."

השאלה כאן, כפי שהערנו למטה, האם יש דין "שמירה בבעלים" כאשר פלוני שואל מן האשה ובעלה עמו במלאכתו, או כאשר שואלת האשה מפלוני ופלוני זה עם הבעל במלאכתו; כלומר — האם הקשר שבין האשה לבעלה הוא קשר זהותי, ונכסי האשה הם כנכסי הבעל, או לא?

וכמה מפליאה כאן תשובת רב אחא בריה דרב אייא לרב אשי, כי הדבר תלוי במחלוקת בענין ק"פ כקה"ג — הרי ראינו כי "אלמנה רבנן לשעבודיה דבעל", ואם הנורמה היא כי "בעל לוקח הוי" — בודאי שהזהות קיימת, והשאלה פתורה לכולי עלמא:

וברוך שכיזנו לדעת גדולים, שכבר מרן הריטב"א הקשה בדיוק כך...⁶²:

"וקשיא לך, והא כולהו סבירא להו תקנה אושא, ואפילו לר"ל
 לזקחדראשון"⁶³ הוה גבי נכסי אשתו, והוי שאלה בבעלים?"

ואחרי דיון הוא מציע ליישב כי

"... הכא לא ס"ל תקנת אושא לריש לקיש ולר' יוחנן, וכיון דליכא
 תקנת אושא — אפילו לרב אחא בר אייא לא ס"ל תקנת אושא..."

והדברים קשים מעט להולמם, אא"כ נפרשם בדרכנו: מה שלא קבלו האמוראים הנ"ל — היא ההכללה שלעולם "בעל כלוקח הוי" ואם כדרכינו, לא יהא ניגוד רב גין דבריו של הריטב"א לבין מה שהביא הוא עצמו בשם הראב"ד שם:

"אך הראב"ד ז"ל תירץ דכי עבוד רבנן תקנת אושא, הני מילי בדי
 שלא תבריה נכסיה מבעלה"⁶⁴, ומכרה לא הוי כלום, הלכך לגבי
 מכירה הוא דעבדהו רבנן כלוקח ראשון, וכיון דלגבי מכירה הוי
 כקנין הגוף, מצי למימר גבי בכורים⁶⁵ 'מן הארמה אשר נתת לי'
 אפילו בלא שליחות דידה, אבל הכא גבי שאלה, אפילו שואל מן
 האשה ונשאל לו בעלה, כיון דלא הוי בשעת מכירה, וליכא למימר
 ולמיחש שמא תבריה נכסיה מבעלה, אין הכא תקנת אושא, ושייך
 למימר פלוגתא דר"י ור"ל! מיהו צ"ע להאי פירוש⁶⁶, הא דאמר
 לקמן גבי שאלה "בעל לא שוכר הוי ולא שואל אלא לוקח ראשון

62. בחיזושויו כאן ד"ה בעל, ע' רלו בד' בני ברק תשי"ז.

63. ראה לעיל הערה 46.

64. ובה נוכל להוסיפו לרשימתנו לעיל בע' 523.

65. ענין בכורים הובא במקור מחל' ר"י ור"ל למעלה בגמ', עיי"ש.

66. אלה שוב דברי הריטב"א.

הוי מדריב"ח" וכר... וצ"ע⁶⁷ — וי"ל, דס"ל בתקנת אושא ולא קטיא מידי, דמי"מ כל זמן שהאשה בחיים, אין לבעל בנכסים אלא קנין פירות, והנה ליה כמי שמכר שדה לחבירו שיקנה פירות ולאחר מיתתו יקנה הגוף, ואם ימות הלוקח בחיי המוכר לא יקנה כלום, דוראי אין ללוקח כהאי ארעא אלא קנין פירות, כנ"ל.

ודברי הראב"ד, בסגנון אחר, מובאים בשיטה המקובצת כאן⁶⁸:

"... וקטיא לי, והא לא דמי קנין פירות דבעל לקנין פירות דעלמא, כדאיתא בהחובל דקנין פירות דיריה כקנין הגוף הוא! ואיכא למימר, דאלמוז דבגן שעבודא דבעל כי היכי דלא תפקיע שעבודא דבעל, כדפריש בירושלמי שלא תהא אשה מברחת נכסיה מבעלה, וכן שלא תהא אוסרת עליו מעשה ידיה, אבל לכל מילי אחרני — בקנין פירות דעלמא הוי"⁶⁹.)

קושיית הרישב"א היא עצומה, ותירוצו נראה דחוק: האם "לוקח" פירושו רק לפירות? ואם הקנין חל רק לאחר המוות, כמה עדיף הבעל על הלוקח — יד שניהם באה כאחד, והיה עליהם אולי לחלוק? ואם, לחילופין, המיתה היא תנאי לקנין מחיים ("מעכשיו ולאחר מיתה") — הרי ששוב שאלה בבעלים היא ואינה תלויה כלל במחלוקת קנין פירות!

ולדבריני ניחא, שכן באמת התקנה לחד עומדת וזהכללה בנורמה היא השנויה במחלוקת האמוראים, ורבא הוא המחדש אותה ומכליל, ואפילו רב אחא בריה דרב אויא, בדור מאוחר לו, עדיין אינו מקבלה.

אלא שאפילו לשיטתנו, לא יזכנו דברי הרמב"ם בענין זה, שכן כבעיה אחת של רמי ב"ח פסק שהדבר תלוי בק"פ כק"ג וכר — ובאחרת הוא משתמש בנורמה של בעל כלוקח:

(א) הלכות שאלה ופקדון פ"ב ה"ז: השואל מן האשה ונשאל לו בעלה אינה שאילה בבעלים שקנין פירות אינו קנין הגוף, ואין לבעל אלא פירות.

(ב) שם הלכה י"א: אשה ששאלה ואח"כ נשאת הרי הבעל כלוקח ממנה ואינו לא שומר שכר ולא שואל, לפיכך... פטור... אפילו פשעו...

וכבר הקשה כן הרי"צ דינר בהגהותיו כאן⁶⁹ וצ"ע.

ונראה לענ"ד שעל כרחנו יש להבדיל בין "בעל כלוקח" לבין "בעל כבעלים", שאע"פ שעשו חכמים את הבעל כלוקח — לא הגיע לדרגת "בעלים" הנחוצה כדי להיפטר עפ"י

67. כלומר, אם כדברי הראב"ד שהתקנה רק במכירה, מדוע משתמש בה רבא לקמן בענין שאלה?

68. ע' תתקס"ה.

69. ע' 102, עיי"ש שלדעתו אמר רבא את דבריו בהקשר אחר ולא כתירוץ לבעית רמי בר חמא, ואמוראים מאוחרים קשרו את הדברים. וראה עוד מש"כ בזה קצת באבן האול במקומו (ח"ד ע' כ"ג ב) בסוף ה"א.

הדין המחודש בתורה של "אם בעליו עמו לא ישלם"⁷⁰; אמנם, למאן דאמר "קנין פירות כקנין הגוף דמי", קטגורית, הופך הבעל בזכות קנין פירות לבעלים ממש, אבל ההלכה נפסקת כריש לקיש הסבור כי קנין פירות אינו כקנין הגוף, ולפיכך אפילו תקנת אושא איננה עושה את בעל האשה לבעל החפץ, מבחינה משפטית. מאידך, כיון שמכל מקום — לדעת רבא ואביי — כיון שמתקנת אושא נכליל ונקבע כי הבעל כלוקח, אם מתעוררת שאלה בדבר חיובו שלו, נוכל להשתמש בנורמה זו כדי לפטרה⁷¹.

עלה בידינו, כי הנורמה של "בעל כלוקח" לא זו בלבד שהיא מאוחרת, ולא זו בלבד שאיננה מקובלת ככזו על דעת כל בני דורם של רבא ואביי⁷², אלא שאף רבא עצמו רואה מקום לצמצם את תחולתה (בהיתרא ולא באיסורא) — ואף הפוסקים לא "הלכו עד הסוף" ביישומה; וכאן יש מקום לבעל דין לשאול האם קיים קריטריון בדוק שיאפשר לנו להכריע בכל שאלה המתעוררת לפנינו אם אמנם יש מקום להחיל את הנורמה הזו או שמא "אינה במקום" במקרה הספציפי; נראה לנו כי אכן מתלבטים חז"ל בכעיה, והוקדש לה דיון מיוחד בכבלי במסכת בבאיתרא — וברצוננו לסקור דיון זה בפרק הבא.

70. שמות כ"ב י"ד; בבלי ב"מ דף צד א ואילך.

71. ואם לשיטת הרמב"ם הדבר מסתבר, שליטתו הבעל מוציא מן הלקוחות רק אחרי מות האשה כדלעיל — ומידת היותו כלוקח מצומצמת מלכתחילה, על כרחך שגם לשיטת הרא"ש (שהבעל מוציא מיד) עלינו לומר כן, שחרי אף הוא פסק כ"ל (ב"מ פ"ח ס"א) ומשום כך במקרה האשה ששאלה וכו' לא הוי שאילה בבעלים, ודו"ק.

72. [למבואר בשיטת הרמב"ם שוב אין להוכיח שרב אחא בר"י דרב אויא לא מקבל את ההכללה, ורק לדין שאילה בבעלים אין להשתמש בתקנת אושא. — א.ב.]

פרק שביעי

בעל כיוורש או כלוקח

בבלי בבא בתרא פרק שמיני (יש נוחלין) דף קלט א-ב¹:

"שלח ליה אבוה בר גניבא² לרבא: ילמדנו רבינו, לוותה ואכלה ועמדה³ ונשאת⁴ — בעל לוקח הוי או יורש הוי? לוקח הוי, ומלוה על-פה אינו גובה מן הלקוחות⁵ — או דלמא יורש הוי, ומלוה על פה גובה מן היורשין!
אמר ליה — תנינא⁷: 'נשאו גדולות — ישאו קטנות'⁸, מאי לאו נשאו גדולות לבעל — ישאו קטנות מבעל⁹?
— לא נשאו גדולות לבעל, ישאו קטנות לבעל!¹⁰
איני והא תני¹¹ רבי חייא 'נשאו גדולות לבעל ישאו קטנות מבעל'¹² — דילמא שאני פרנסה, דאית לה¹³ קלא¹⁴.

1. ראה לסוגיא זו בתשובות גאונים קדמונים (מהד' קאסל), סימן כ"ח.
2. מ, ה, ר"ף ד' קושטא ועוד — אבות, וראה מש"כ בזה מו"ד הר"ש אברמסון במהדורת בבא בתרא שלו, בתקונים והוספות לע' 163. וכן בספר רב נסים גאון ע' 175 וע"ע באר"ז — לק' ע' 548.
3. מ: עמדה.
4. מ נוסף: מאי.
5. ה: יורש הוי או לוקח הוי? וכ"ה ברי"ף.
6. ר: ומלוה ע"פ הוא, ומלוה ע"פ אינו גובה מן הלקוחות. (ויש בגירסה זו כדי להסביר מנין לנו שהמדובר במלוה ע"פ... שאע"פ שסברה היא, שהרי מלוה בשטר גובה אף מן הלקוחות, מ"מ צריך היה להזכירו!) מ: מיד הלקוחות.
7. מ, ה, ר: תניתה, וכ"ה בכמה מן הראשונים. והיא משנה בעמוד זה.
8. אב שמת והניח בנות יורשות, קטנות וגדולות, אם נשאו גדולות לאחר מות האב "מתפוסת הבית" — מן העזבון, זכאיות גם הקטנות להנשא באותו אופן.
9. האם לא נפרש כך את המשנה: מה שהביאו הגדולות לבעליהן מן העזבון — כנסים מלוג — גובות אח"כ הקטנות מן הבעלים, וזה מלוה ע"פ, וגובות משום שהבעל כיוורש דווקא?
10. רשב"ם ד"ה 'ישאו קטנות לבעל': מממנן אביהם המזונת ועומד עדיין בתפוסת הבית — כנגד אותו ממון שנשלח הגדולה.
11. מ, ה, ר: איני ליתא, והתני (במלה אחת).
12. מ נוסף: אלמא כל בעל יורש הוי.
13. מ: ליה (אינו בדק"ס).
14. כלומר, לעולם אולי בעל כלוקח, ואעפ"כ טורפות הקטנות משום שפרנסת הבנות יש לה קול, ודינה כמלוה בשטר הנגבה גם מן הלקוחות. והשוה גם לסוגיית גיטין דף נא, א.

(הבה נשים לב לתופעה מעניינת: אבוה בר גניבה שואל אם בעל כיוורש או לוקח: רבא משיב בהסתמך על משנתנו כי הוא כיוורש! כויכות אנונימי, ולאחר שמוכאת ראייה לכאורה מפירושו של רבי חייא למשנה כי בעל אמנם כיוורש הוא, נדחית הראייה ב"שמא", שמא ניתן להסביר דין המשנה גם אם הבעל כלוקח).

אמר ליה רב פפא לרבא¹⁵: לאו היינו דשלח רבין באגרתיה:
 'מי שמת והניח אלמנה ובת-אלמנתו ניוזנת מנכסיה; ונשאת הבת —
 אלמנתו ניוזנת מנכסיו'¹⁶; מתה הבת — אמר רב יהוד¹⁷ בן אחותו
 של ר' יוסי בן חנינא¹⁸: על ידי היה מעשה, ואמרזו אלמנתו ניוזנת
 מנכסיו' — אי אמרת בשלמא¹⁹ יודש הוי, משום הכי אלמנתו²⁰
 נוזנת מנכסיו²¹ — אלא אי אמרת לוקח הוי, אמאי נוזנת מנכסיו²²?
 אמר אביי: אי לאו דשלח רבין²³ אנן לא²⁴ ידעינן? והא תנן: 'אלו הן
 שאין²⁵ חוזרין ביובלי: הבכורות²⁶ והיורש את אשתו'²⁷!

נוסחת ד' וילנא	נוסחת כ"י מינכן
אמר ליה רבא: והשתא דשלח	א"ל רבא: השתא דשלח רבין באגרתיה,
	אנן
מי ידעינן? האמר ר' יוסי	מי ידעי? והא"ר יוסי
בר' חנינא באושא התקיננו האשה	ב"ר חנינ' באוש' התקי' האש'

15. מ, ה: לאביי (i).
16. בכ"מ ליתא כל דין נשאת כאן, וכנראה נשמט מפני הדומות, ובמקבילה בכתובות מט ב נמצא (ולפלא שלא הוזכר השמטה זו בדק"ס).
17. בדאי צ"ל רבי, דבר מערבא הוא, ועי' דק"ס ובכתובות שם. וברשב"ם כאן: אמורא הוא.
18. מ: א"ר יהוד' בן אחותו של ר' חנינא, וכ"ה ברא"ש; והגר"יב הגיה ברבי חנינא, וכשאר כה"י ובמקבילה שם — בר חנינא.
19. ליתא ב מ.
20. כנ"ל.
21. כנ"ל, וכן ב ר.
22. כנ"ל. וראה במשנת גיטין פרק י' מ"ג 'אין מוציאין למוזן האשה והבנות מנכסים משועבדים מפני תקון העולם' (דף מח ב) ואם הדין הבעל כלוקח, ונישאה הבת (וירושטה — נכסי מלוג) מהיכן ניוזנת האלמנה?
23. מ, ה נוסף: באגרתיה; מ: אנן ליתא.
24. מ, ה נוסף: הוה.
25. מ: והתנן אלו שאין וכו'; והיא משנה בבכורות נב ב.
26. בכמה מקורות "הבכורה" (ד' ונציה, יד רמה).
27. רשב"ם: קסבר ירושת הבעל דאורייתא, ואי לוקח הוי משעה שנשאת אפילו לאחד' מתה לא נפקא מכלל מקח וממכר ותהדר ביובלי! ור' בתק' ירושה, לעיל ע' 20.

<p>נוסחת כ"י מיגבן שמכר' בנכסי מלוג ומת' הבעל מוצי' מיד הלקוחו! — אי אמרת בשל²⁹ לוקח הוי, מ"ה³⁰ מפיק; אל' אי אמר' יורש הוי — מאי מפיק? אל' א' רב אשי: בעל שויהו כיוורש³¹</p> <p>משו' פסיד' דידי</p> <p>גבי רבין משום פסיד' דאלמנ' שויהו רבנן כיוורש;³² והא הכ' דר' יוסי ב"ר תנינא דאיכ' פסיד' ללקוח' ושויהו רבנן כלוקח? התם — אינהו דאפסידו אנפשייהו</p> <p>דלא איבעי להו למזבן מדאיתתא מתותי גברא³⁴</p>	<p>נוסחת ד' וילנא שמכרה נכסי²⁸ מלוג בחיי בעלה ומתה, הבעל מוציא מיד הלקוחות! אלא אמר רב אשי: בעל שויהו רבנן כיוורש, ושויהו רבנן כלוקח, והיכא דטבא ליה עבדו ליה; גבי יובל שויהו רבנן כיוורש משום פסידא דידיה, גבי דר' יוסי בר' חנינא שויהו רבנן כלוקח משום פסידא דידיה גבי דרבין — משום פסידא דאלמנה — שויהו רבנן כיוורש; והא גבי דר' יוסי בר' חנינא דאיכא פסידא ללקוחות ושויהו רבנן כלוקח?³³ התם — אינהו אפסידו אנפשייהו כיון דאיכא בעל לא איבעי להו למזבן מאיתתא דיתבא תותי גברא</p>
---	---

(הבאנו את נוסחת הדפוסים בצד נוסחת כ"י מ הן משום שההבדלים רבים וגיכרים, והן כדי להמחיש למעיינים כיצד שנויי הנוסח אינם ענין של מהיבכך...)

28. ככ"ד בנכסי, וכן הגיה הבי"ח כאן.
29. ככ"י המכורג במקום א"כ: אלמא לוקח הוי, דאי יורש הוי אמאי מפיק?
30. משום הכי.
31. גם בכ"ה ליתא "והיכא דטבא ליה עבדו ליה", וכן ליתא בחידושי הר"י מיגאש וביד רמה, ועי' דק"ס: אברמסון במהד' ב"ב שלו מעיד כי נשמט מפני הדומות מ"יורש" ועד "יורש", ואפשר שאין זו אלא לשון פירוש ואינה מעיקר הגמרא.
32. ככ"י ה הסדר הפך: שויהו רבנן כיוורש משום פסידא דאלמנאו.
33. ככ"ד: והא גבי דריב"ח כלוקח שויהו רבנן ולא חיישינן משום לקוחות?
34. ת: בעלה; ובד' פיזרו ליתא כל הקטע "מאיתתא דיתבא תותי גברא" וכן ל' ביד רמה, והעיר בעל דק"ס שכן נכון, שהרי כבר צויין למעלה כי "איכא בעל" ומה צורך לחזור ולהזכירו? ונלענ"ד כי תופעה של הרכבת שתי נוסחאות לפנינו (קונטמיניציה בלעז): שבכ"מ אין "איכא בעל" וע"כ גרסו את המשפט, ובד' פיזרו שנמצא לא גרסוהו, ובדפוסינו הורכבו שתיהן יחד!

- מבלי להכנס לנתוח מדוקדק (העשוי להיות מענין ביותר בסוגיא זו), נראה לנו לומר כי נוסחת כ"מ מדויקת יותר, משלוש סיבות:
- (א) השאלה "אי אמרת בשלמא" וכו' (המצויה בכה"י ואיננה בדפוס שלפנינו) חשובה להבנת הסוגיא, ומצויה בראשונים (רשב"ם, ר"י מיגאש, רבינו גרשום) ובכתבי היד (ר' ה — אם כי באחרון בצורה שונה מעט, ר' הערה 29):
- (ב) ר' הערה 31 בענין הלשון הנוספת שבדפוסים, שאיננה בכה"י — ואף לא בחלק מן הראשונים (וברשב"ם נמצאת), ויתכן שהיא לשון פירוש:
- (ג) קושית הגמרא האחרונה "והא גבי דריב"ח דאיכא פסידא ללקוחות ושויהו רבנן כלוקח" קשה — הלא למעשה מכאן יצאנו ("אמר ליה רבא: והשתא דשלח מי ידעינן, וה"א ריב"ח" וכו') ועצם תירוצו של רב אשי בא לומר כי משום פסידא דידיה (ובודאי שיש פסידא ללקוחות!) עשוהו כלוקח, ומדוע חזרת הגמרא על הקושיא והתירוץ? ולפי גירסת כ"מ הענין מסתבר טפי, שלא נזכר כלל קודם לכן שעשוהו כלוקח?

נחזור לעיין בסוגיא מצידה המשפט:

- אבוה בר גביא שאל אם בעל כירש או כלוקח; כדי לקבוע את הנורמה, הביאו חכמים דוגמאות מתחומים אחרים של המשפט הנוהג בדיני ממוך-שלי-אישות:
- (1) "ישאו קטנות מבעל" — כלומר, הבנות הקטנות זכאיזת לגבות מנכסי מלוג של אחיותיהן הבוגרות — ומכאן כי בעל כירש;
- (2) אגרתו של רבין (מא"י לבבל!) האם מכאן ביסוס לטענתנו דלמעלה כי נחלקו בענין זה בתי המדרש בשתי הארצות³⁵): לפי דפוסינו, ההוכחה שם היא מן המציעתא — "נשאת הבת", וקצת קשה, שאולי עדיין אינו כלוקח אלא משעה שנתקיים תנאי מות האשה; לפי כ"מ ברור שהראיה מן הסיפא, "מתה הבת", ואז אם בעל כלוקח אין מקום לחייבו במזונות האלמנה, אם אשתו! — מכל מקום, גם בכאן, בעל כירש.
- (3) ראייתו של אביי, כי בעל הירש את אשתו (קרקעות) אינו מחזיר ביובל, ושוב — רק אם בעל כירש!
- (4) ורק לאחרונה, רבא מביא את ר' יוסי בר חנינא ותקנת אושא כדי להראות כי בעל כלוקח.

ומכאן חוזרת השאלה, מהי הנורמה לפיה יש לקבוע את זכותו של הבעל בנכסי המלוג של אשתו!

במסקנה, מביא רב אשי (מאחרוני האמוראים וחותרם התלמוד לפי המסורת שבידינו!) קריטריון מעניין: "היכא דטבא ליה עבדו ליה", כלומר, פעמים שנראה את הבעל כירש ופעמים שהנורמה הקובעת היא שהוא כלוקח, והכל לפי טובתו שלו... אלא שרב אשי עצמו מסתייג מן הקריטריון הזה, ואינו רואה אותו כמוחלט: אמנם גבי חזרת הקרקע ביובל עשוהו

כיורש לטובתו שלו, ובתקנת אושא עשוהו כלוקח כנ"ל; אבל בענין מזונות האלמנה — שם עשוהו כיורש משום טובתה של האלמנה?

וזה באמת ההסבר לשאלתה של הגמרא מריב"ח (בשנית, וראה לעיל ע' 546) את ג' מה שהערנו בזה: אם לגבי אלמנה מתחשבים בהפסדים של אחרים — מבלעדי הבעל — מדוע לא נתחשב בהפסדים של אחרים בענין תקנת אושא?

ותשובת הגמרא "אינהו דאפסידו אנפשייהו — היינו, הלוקח עצמו אשם בהפסד, שלא צריך היה לקנות קרקע מאשה היושבת תחת בעלה — עדין משאירה את המשפטן תמה: האם נקבעה הנורמה המשפטית עפ"י קריטריון של צדק טבעי, שלא לקפח מי שעשוי להפסיד ממנו — או שהיא נקבעה עפ"י טובתו ההחלטית של הבעל, מלבד במקרה בולט שאותו הפקיעו חכמים מן הכלל, במזונות האלמנה?

כדי להשיב — במידה מסוייגת — על שאלתנו האחרונה, נרשה לעצמנו לסטות מעט מן הדיון הספציפי בתקנת אושא ולסקור את מחלוקת הראשונים בענין "לותה ואכלה ועמדה ונשאת". שהרי כל הדיון לפנינו בא בעקבות שאלה על הפנייה שלוותה ואחר כך נשאה, אם על הבעל לפרוע מן נכסי המלוג³⁶ שהכניסה לו (ושהיו, אלמלא הנשואין, בודאי משתלמים למלוה!) או אם הוא כלוקח, וכיון שמלוה ע"פ אינו גובה מן המשועבדים — הפסיד המלוה את מזונו ובעקבות דברינו למעלה, כאן באמת ההתנגשות גמורה: האם האינטרס הקובע הוא זה של הבעל, ולכן נעשנו כלוקח ולא ייפרע המלוה, או שהוא של המפסיד, ובמקרה דגן המפסיד האמיתי הוא המלוה — שהרי הבעל רק אינו מרזית, הרווח והזכות בנכס נמנעת הימנו, אבל המלוה אינו זוכה לחזור ולראות את כספו שלו?³⁷

במלים אחרות: האם מן הדיון שבגמרא נוכל להשיב באופן חדמשמעי לשאלתו של אבוח בר גניבא ובאיזה כיוון?

להפתעתנו, כל שלש הגישות האפשריות (כלוקח, כיורש, ספק...) מובאות אצל הפוסקים:

(א) בעל כיורש:

1. בה"ג³⁸: "ואילו איתתא דהוה מסקין בה זוזי מקמי דתיהווי לגברא בלא שטרא והוי לה ארעא ולבסוף אינסיבא לגברא ועיילת ליה והיא ארעא לבעל — דבעל אכיל פירי

36. ראה תוספות בבא מציעא דף קד א ד"ה הכי גרסינן: "... ועד כאן לא מיבעיא לן בס"פ יש נוהלין בלוותה ואכלה ועמדה ונשאת אי כלוקח הוי אי כיורש הוי... — אלא בנכסים שהכניסה לו, אבל מנכסי הבעל פשיטא דלא גבי, וה"ה לוותה כשהיא תחתיו לצורך מה שאינו משועבד לה, דלא משלם, ובלא שום ראיה דבר פשוט הוא, ואם לא כן אם יקניטוה תלוה ותשליך לאבוד ותחייבנו ק' מנה בכל יום... דלא כרב אבא (רש"ל: הוא רב אבא גאון, ו"ג "כרב אחד" — מסורת הש"ס) שהורה שהבעל תייב לפרוע חובת אשתו שלוותה קודם שנשאה מכח דר' יהודה דהכא" (ד"חניא ר' יהודה אומר אדם מביא קרבן עשיר על אשתו וכן כל קרבן וקרבן שהיא חייבת... תוספתא כתובות פ"ד, ועיי"ש ובתוס' כפשוטה ע' 68 ובבה"א שם).

וראה עוד בה"ג (ד"ו טו ב, וספר רנ"ג מה' אברמסון ע' 6-175) לקמן, ואו"ז ב"ק סי' שני'.

37. אלא אם כן ימנע הבעל קודם אשתו, ואז יוכל לחזור ולגבות, כדברי הרמב"ם שהבאנו לקמן.

38. ר' הערה 36.

בתייה וכד מיתא קני גופא (ההדגשה שלי – י"כ), ואתא בע"ח דאחופה זווי לההיא איתתא וקא תבע זווי מבעל, מיחייב בעל למיפרעיה לההוא בע"ח זווי מממונא דההיא איתתא, דשלח ליה אבות³⁹ בר גניבא לרבא וכר' ופשט רבא מדתני ר' חייא וכר'; והלכתא – לותה ואכלה, בין בשטר ובין בע"פ, משלם בעל מנכסי אשתו, בין מחיים דאשתו ובין לאחר מיתה דאשתו, והני מילי דעיילת ליה מקרקעי, אבל מטלטלי לא משלם" וכר'.

2. רבינו חננאל, רשב"ם ד"ה דיתבה תותי גברא (שם): "... ולענין שאילתא דשאלנא פי' רבינו חננאל ורואה אני את דבריו: לוותה ואכלה ועמדה וניסת – מסתברא דכירוש הוי, משום פסידא דמלות, וכך⁴⁰ סוגיא דשמעתא, דכל היכא דאיכא פסידא כגון פסידא דאלמנה דליכא למימר איהו דאפסיד אנפשיה – שויהו⁴¹ רבנן כירוש'."

3. אור ורוע, פסקי בבא בתרא סימן קמ"ט-נ' (דף כג א במהד' ירושלים):
 "...התם אינהו דאפסידו אנפשיהו, דכיון דידעי דאית לה גברא לא איבעיא להו למזבן מאיתתא דיתבא תותי בעלה וראוי לירשה לכשתמות, ואלו הערימו להוציאה מידו הילכך יפסידו;

פירש רבינו שמואל... וכן כתב רבינו ברוך זצ"ל מארץ יוון⁴²... כירוש שויהו רבנן כי היכי דלא ליפסיד מלוה, חדא דלא הוה ליה מאי ליהוה, ותו שלא תנעול דלת בפני לווי, עכ"ל;

ולענין הלכה למעשה נסמך אהני תלתא קראי⁴³, פר"ח זצ"ל ורבינו שמואל זצ"ל ורבינו ברוך זצ"ל, ותו – דמסתבר טעמייהו, וכן הלכה⁴⁴.

4. רבי מאיר הלוי אבולעפיה (רמ"ה) ב"ד רמה" על ב"ב שם:
 "...ושמעין מינה דגבי לותה וכר' כיון דבשעת הלואה אכתי לא נשאת וליכא למימר דמלוה הוא דאפסיד אנפשיה, שויהו רבנן לבעל כירוש משום פסידא דמלוה⁴⁵... אלא לאו, שמע מינה דכל היכא דאיכא פסידא לאחריני דקדים שעבודיהו לבעל לא חיישי רבנן לפסידא דבעל, וכן הלכתא."

5. רבי יצחק בן אבא מארי כספר העטור (ערך כתובות, דף ל"ג ע"ב במהד' רמ"י):
 "ולותה ואכלה ועמדה ונשאת לא איפשיט ולא גבי מיניה דבעל דאיהו דאפסיד אנפשיה;

39. ראה לעיל ע' 543 הערה 2.

40. עפ"י דפוס ונציה רפ"א: לפנינו "וכן".

41. בדפ"ו הנ"ל כמו בכ"מ בכל מקום שווה.

42. ר' מש"כ על חכם זה מהר"ן אפשטיין בתרביץ ש"א ס"ד (תר"ץ) ואח"כ בתרביץ שני"ז ס"א (תש"ה) ע' 49 ואילך.

43. - "על אלה שלושה הפסוקים" – מליצה, פאראפראזה על משקל "ראיה מן הכתוב".

44. וכן פסק בב"ק סי' ש"ז (דף כ"ז במהדורת ירושלים תרמ"ז הנ"ל), ולהלן סי' שני"ז הביא דעת הר"ף.

45. כצ"ל, ונדי לפנינו "דבעלה".

ומסחמא דאיפשיט — דשוויה רבנן כיוורש משום פסידא דידיה". נמצא שבעל העטור מתלבט בשאלה, ובסופו של דבר אמנם מכריע כר"ת שלעולם בעל כיוורש כדי שלא לגרום הפסד למלות, דבר המנוגד לצדק הטבעי.

(ב) בעל כלוקח:

1. רבינו יוסף הלוי (אבן מיגאש)⁴⁶:
 "... וכין דאסקה רב אשי דבעל שוויה רבנן כלוקח לגבי דר' יוסי בר חנינא משום פסידא דידיה, מתחזיא מילתא דלענין לותה ואכלה ועמדה ונישאת נמי בעל לוקח האוי, ולא גאכי מלוה מיניה כלום משום פסידא דבעלו"
 2. רמב"ם בפרק כ"ז מהלכות מלוה ולוה הלכה י"ב⁴⁷:
 "האשה שלותה בשטר או ערבה בשטר ונשאת חייבת לשלם אחר שנשאת; ואם היתה מלוה על פה אינה משלמת עד שתתגרש או תתאלמן, שרשות בעל כרשות לוקח הוא כמו שביארנו בכמה מקומות. ואם היו אותן מעות ההלוואה עצמן קיימן יחזירו אותן למלוה"⁴⁸.
 3. רבינו שמואל הסרדי בעל ספר התרומות⁴⁹:
 (שער ל"ה ח"א ס"ס ח'): "... כדגרסינן בפרק יש נוחלין לותה ואכלה ועמדה ונשאת מהו ופשיט דבעל לוקח הוי ומלוה ע"פ לא גבי מיניה — הא בשטר טריף".
 שם שער נ"ח: "... שלח ליה אבוה בר גניבא לרבא... אלמא דבעל יורש הוי? ודאי(?) דילמא שאני פרנסה (לענין "גדולות וקטנות") דאית ליה קלא וכמלוה בשטר דמיא, אבל בעל לעולם לוקח הוי..."⁵⁰.
 4. רשב"א בתשובותיו חלק שביעי סימן תמ"א:
 "המלוה שלא בשטר לאשה ועמדה ונשאת, הלכות גדולות⁵¹ והרמב"ם ז"ל ותר' נחמן
46. עפ"י כ"י האגמאטי ע' 303, וזוהבאו הדברים גם בשטמ"ק בשם הרא"ם (כנראה ר"ת רבינו אבן מגאש) בשבועים רבים, ובפנים הבאנו רק חלק מדבריו, ועיי"ש בפנים כל הדיון באורך!
47. ע"י גם שם בהלכה ט' ובמגיד משנה שם.
48. יש לעיין מנין לרמב"ם שאם היו מעות ההלוואה בעין שחייב להחזיר, וכבר התקשה בזה המ"מ שם: "... ואפשר שיצא להן ככאן (גם הגאונים רב שרידא ובנו רב האי פסקו כך, לעיל במ"מ ה"ט) ממ"ש בגמרא לותה ואכלה ועמדה ונשאת מהו דמשמע דלא מיבעיא להו אלא דוקא באכלה, הא איתנהו בעין מחזירין למלוה".
- וראה בגדולי תרומה (להלן) שדחה ראיתו, וכן בני"ש שם בשם הרישב"א ובהגהות מימוניות אות ת': וכן פסקו ר"ת ור"ח (?) וס"ה.
49. לתולדותיו של חכם זה, ראה אצל אסף, "ספרן של ראשונים", ירושלים תרצ"ה ע' 54.
50. ועיי"ש בגדולי תרומה שסקר את מחלוקת הראשונים.
51. לפנינו בה"ג אמנם שהבעל קונה את הגוף לאחר מיתה, אך לא שדינו כלוקח — ואדרבא, ראינו שפסק כי הבעל חייב לפרוע את החוב, ועל כרחך שהוא רואהו כיוורש!

הכהן⁵² וספר המצוות⁵³ פוסקין דבעל כלוקח הוי כרבא וכרב אשי במקום דליכא פסידא למלוה היה לו להזהר מלהלוות על-פה ופטור הבעל⁵⁴” (כלומר, וזהו “איהו אפסיד אנפשייהו”).

(ג) לא איפשיט בעיין:

1. רבינו יצחק אלפסי (רי"ף) בסוגית ב"ב כאן:

“שלח ליה אבוה בר גביא לרבא וכר אמר ליה תניתוה וכר' וחגי ר' חייא וכר' ודחינן דילמא שאני פרנסה וכר' ולא איפשיט בעיין, הלכך מלוה ע"פ לא גבי מיניה דבעל ואיהו אפסיד אנפשיה דלא איבעיא ליה לאוזפי בלא שטרא”⁵⁵.
2. רשב"א בתשובותיו חלק א' סימן אלף קמ"ט:

“... הוה לה כמלוה על פה... אין גובין מנכסים כלום, משום דבעל בנכסי אשתו לוקח שויה רבנן, ומלוה ע"פ אינו גובה מן הלקותות וכדאמרינן בשלהי פרק יש נוחלין... ולא אפשיט בעיין, ולא מפקינן מיניה דבעל דמותק תוא”.

ושם סימן אלף קנ"ח: “שאלה, לאה... כתבה לראובן שטר שהיא חייבת לו סך מעות על מנת שאם תנשא לבעל עד זמן פלוני שתפרע אלו המעות ואם לאו שתהא פטורה... עתה הלכה לאה ונשאת לבעל תוך הזמן הנוכר, מהו שיטעון הבעל לראובן שאין יכול לגבות כלום... כיון שלא נתחייבו עד שתנשא, נמצא שחל שעבודו (של הבעל) מכח תקנת אושא קודם שייגיע זמן החוב והפרעון, או דלמא כיון שנשתעבדה האלמנה קודם לכן וקבלה הממון קודם לכן, כבר קדם שעבודו לשעבודא ותקנת אושא?

תשובה: דברים פשוטים אני רואה כאן, שאין טענת הבעל מן הצד הוה כלום, לפי שאין אגו הולכים אחר זמן הפרעון בשום מקום אלא אחר זמן התחלת החיוב... ולא נסתפקו באשה שלוחה ועמדה ונשאה אלא במלוה ע"פ משום דמסקא להו אי בעל יורש הוי אי לוקח הוי...” [וראה עוד כנ"ל בח"ג סימן ק'].

52. כנראה רב נחמן בן בנו של רבינו חיים הכהן, מחבר ספר “נחמני”, והוא נזכר בשו"ת מהרי"ק קמ"ט ובכל בו, ועי' בשו"ג ובאוה"ח בערכו (ושניהם לא ציינו המקומות).

53. סמ"ג עשין צד, דף קעט ד וקפ א בד' ונציה, והוא מצטט לשון הרמב"ם.

54. הסגנון קצת צ"ע ותיקון: וראה, מאידך, תשובה אחרת להלן בסעיף ג' סי' 2, ואחי הרב אורי שלי"ט א מציע ליישב, שמבחינת פסק ההלכה אין הבדל בין ודאי לוקח לספק לוקח, שהרי מכל מקום הבעל מתחוק, ועל המלוה המוציא מחסדו להביא ראיה!

55. גם במרדכי הוכאה שיטה זו בשם הרי"י ובשם ר"ב בר יצחק (בעל ספר התרומה), ראה מרדכי ב"ק (מהד' הלפרין, עבודה לתואר ד"ר, בר אילן תשל"ח, ח"ב ע' 6-105) שהביא גם דעת רשב"ם בשם ר"ת.

ואם כן, אין זו שיטה “ספרדית” (כפי שאולי נראה לכאורה);

וראה שם ע' 107 תשובת מהר"ן מרוטנבורג (מקבילה — דפ' פראג סי' תקצ"ט) שעל פיה במקום שאין פסידא לאחרני הבעל יורש ולא לוקח (התשובה דנה באשה “מוסרת” — מלשינה, שאת נכסי המלוג שלה נותנים לנמטר, והבעל אוכל פירות עד יום מותה, ובמותה זוכה הנמטר הנ"ל בנכסים).

3. רבינו אשר בן יחיאל (רא"ש), ב"ב פ"ח ס' נ"ז:
 "...ולא איפשיטא, הלכך מלוה ע"פ לא גביה⁵⁶ מיניה דבעל, דאיהו דאפסיד אנפשיה —
 ולא איבעי ליה לאוזופי בלא שטר לאיתתא דקיימא לאינסוכי".

ובתוספות הרא"ש⁵⁷:

"בין בחיי אשה בין לאחר מיתת אשה קמיבעיא ליה. וא"ת הא דפשיט אביי דיוורש הוי
 ממה שאינו חוזר כיובל, מההיא לא שמעינן אלא לאחר מיתה... אבל מחיים דתקנתא
 דרבנן הוי, אפשר דהוי לוקח? וי"ל דלא מסתבר דלא אלמוהו חכמים כח בעל מחיים
 מלאחר מיתה דהוי מן התורה, וכיון דלא הוי אלא יורש לאחר מיתה, מחיים נמי לא הוי
 אלא יורש בעלמא...".

(כלומר, אין מקום להלק ולומר כי בחיי האשה הנורמה היא שבעל כלוקח ולאחר מותה
 "מתהפכת" הנורמה ובעל נעשה כיוורש... ודו"ק!)

הארננו, ולא סיימנו, בפסיקה המאוחרת נקבעה ההלכה כרי"ף והרא"ש (ראה שו"ע חו"מ
 קי"ב וקל"ז ובהא"ע סי' צ"א), כדרכו של רבינו יוסף קארו ללכת אחרי שנים מבין שלשת
 ה"גדולים"⁵⁸; לצרכנו נוכל לראות את המחלוקת כמשקפת מחלוקת עקרונית בהבנת סוגית
 בבאבכתרא הנ"ל: האם הוכרע שם כי לעולם בעל כיוורש, ורק במקרה יוצא דופן, כמכירת
 האשה בנכסי המלוג, הפקיעו חכמים את הנורמה וקבעו כי רשאי הבעל להוציא מן הלקוחות
 כלוקח ראשון;

או שמא תקנת אושא באה לומר דבר זה עצמו, היינו כי לעולם בעל כלוקח, ובכל מקרה
 בו רואים את הבעל כיוורש יש נסיבות מיוחדות המצדיקות חריגה זו; או, לאחרונה, אין
 להסיק מן הסוגיא כל הכרעה בנידון, והכל הולך אחרי המוחזק בקרקע, וכיון שהאלמנה
 "מוחזקת" לענין מוזנותיה היא עדיפה, ובכל מקרה רגיל — הבעל הוא המוחזק, ואע"פ
 שהנורמה אינה קבועה ומוחלטת, אינו צריך לשלם, והמלוה הוא שגרם רעה לעצמו
 באידיקפדתו על ההלוואה כשטר דווקא; (מובן מאליו שיש להבדיל — על אף הדמיון בסגנון
 — בין מקרה המלוה כאן לבין הלקוחות בתקנת אושא, שהללו רצו להערים (לעיל ע' 548
 באו"ז) ועל כן גרמו רעה ממשית, ואילו המלוה שהלוה לפנויה אינו אלא אדם תמים,
 שתמימותו גרמה לו להפסיד.) — וברצוננו לציין במאמר מוסגר כי הנמוקי יוסף⁵⁹ מציע
 למלוה תרופה באמרו כי "נראה דאם בא המלוה קודם שנשאת למחות בידה שתפרעהו או
 שתיחד לו נכסים כדי שלא יפסיד... — מעכבין בהן! ונמצאת שוב שורת הדין באה על
 חיקונה⁶⁰.

56. עפ"י ד' נציה רפ"א (דפ"ר), ולפנינו "גבו".

57. עפ"י שטמ"ק ע' תקפט שם, ד"ה בעל לוקח הוי או יורש הוי.

58. רי"ף רמב"ם ורא"ש, וראה בהקדמת המהריק"א לבית יוסף (טור או"ח).

59. על ב"ב קלט שם ד"ה אמר המחבר, והובאו דבריו בב"י ובהגהת הרמ"א באהע"ז סימן צ"א סעיף ד'
 להלכה, ועיי"ש בב"ש שמחלק בין נצ"ב ונ"מ, ובבאה"ט ופ"ת שצינו לכל המקורות.

60. אמנם יש מחלוקת בדבר תרופה זו, והריטב"א מתנגד לה במפורש, ראה תירושו לכבאבכתרא (מהדורת

דומני כי החיזה שהצענו לעיל בע' 536 (וכן להלן בע' 542) מקבלת מן הדין שלפנינו אשור מכריע: אין להעלות על הדעת כי הנורמה המשפטית של "בעל כלוקח" נוצרה במישרין עם תקנת אושא (יהיה זמנה אשר יהיה), ולא זו בלבד, אלא שכל הענין אינו מוכרע סופית, ובהחלט יש מקום — מכח תנאים ונסיבות שונים — לראות את הבעל כיורש בלבד, בעיקר כאשר עשוי להיגרם לצד שכנגד הפסד כספי של ממש⁶¹.

וכאן המקום להעיר על הקשר שבין סוגית ב"ב וסוגית ב"מ ל"ה בענין שומא, שלכאורה אם כדברי רב פפא אצלנו, "דטבא ליה עבדו ליה" והקריטריון הוא טובת הבעל — מדוע בשומא ההלכה נפסקת כי "לא מהדר ולא מהדרין ליה"? (לגבי "לא מהדר" — ניתא, שהרי אם ירצה בודאי יוכל להחזיר; וקושי הוא מ"לא מהדרין ליה", ומדוע לא נעשהו כיורש ע"מ שיוכל לקבל את הקרקע?) וכן הקשו התוספות שם⁶², ותירצו — "הא אמרינן התם בר היכא דאיכא פסידא לאחריני לא עבדי ליה טבא, ולכך הכא לא הי כיורש משום פסידא דמלוה...":

ובדומה באורזרוע⁶³: "...ואע"ג דאמרינן דטבא ליה עבדו ליה, הא אמרינן התם היכא דליכא פסידא⁶⁴ לאחריני לא עבדו ליה דטבא ליה...":

ומכל האמור מתברר כי אמנם הקריטריון הוא בראש וראשונה ההפסד הנגרם ממש, ועדיפותו של הבעל, בסופו של דבר, מזגבלת בכך שלא תגרם הפסד לאחריים.

וכי אמנם כך תוא, מתברר מדברי הרמב"ן בחידושו כאן⁶⁵, כאשר אינו מסתפק בכירור סוגית ב"מ לה עפ"י מה שסיכם ביש נוחלין, אלא בודק לאור סיכום זה גם את הסוגיות האחרות בהן ראינו כי בעל כלוקח!

וזו לשונו:

"איכא לעיוני הכא דגרסינן בכתובות⁶⁶ זאמר אביי נכסי לך ואחרין לפלוני ועמדה ונישאת בעל לוקח הוי ואין לאחריין במקום בעל

בלוי תשכ"ז ע' 494) (אחרי שהוא חולק על המ"מ — לעיל הערה 48 — בענין החיוב שלם כשהמעות בעין) ואמר מורי גר"ו שאם בא המלוה קודם שנישאת למחות בידה שיפרענו, או שיהיו לו נכסים כדי שלא יפסיד, אין שומעין לו, כיון שלא הגיע זמנו, דאיהו אפסיד אנפשיה... (ובסוף דבריו פסק שכיורש שויהו) ולכל הענין ראה תשובת החתם סופר באהע"ז ח"ב שאלה קס"ג, ושו"ת מהריב"ל רמ"ג ושו"ת מהר"ם אלשיך סי' י"ז ונו"ב תניינא צ"ו, ואכמ"ל.

61. כנראה שיש לפנינו כאן תופעה של "פלורליזם נורמטיבי", שאותו רואים מלומדים כאימננטית בכל שיטת משפט — ראה מאמרו של הצרפתי צ'רניי ב"סטודיה איסלמיקה" 1963 ע' 82-65, ודבריו של זר. יעקב מירון בענין כזה במשפט המוסלמי בכתב העת הנ"ל כרך 30 (1969) ע' 107.

62. ד"ה לוקח הוי.

63. פסקי ב"מ סו"ס קו, דף טו א בד' ירושלים.

64. ג"ל שצ"ל היכא דאיכא פסידא, ולחילופין — למחוק את ה"לא" לקמן, כלומר עבדו ליה דטבא ליה רק היכא דליכא פסידא וכו', ודו"ק.

65. חידושי הרמב"ן על ב"ב, בני ברק תשי"ש דף קצג.

66. צה ב, וראה לעיל ע' 536.

כלום מדרייב"ח... ואמאי, הוא מיקמי דתנסו⁶⁷ הוא דיהיב לה, וקני אחרוך כדאוקימנא התם בגמרא?⁶⁸ — לאו קושיא היא, דביון דאחרוך לא קני אלא לאחר מיתה דאיתתא, לא חשיבא פסידא דאחרוך... כיון דלא קנה כלל נכסים מהשתא!

והא דאמרינן במציעא⁶⁹... 'בעל לוקח הוי לא מהדר ולא מהדרינן ליה' ופרשיי ז"ל דלא מהדרינן ליה משום דלוקח הוי ואע"ג דהשתא מפסיד ויורש עדיף ליה⁷⁰, התם כיון שכבר שמו מינה מקמי דתנסוב לאו פסידא הוא, ואדרבא — איכא למיחש לתקנת בעל חוב!

ושמו לה לאשה ואינסיבא, דלא מהדר משום דלוקח הוי בדפרשיי ז"ל, ליכא למיחש לתקנת לווה דהא לא מפסיד מירי, וגמילות חסדים היא בטמחזירין לו לעולם!

ואיכא למידק הכא הא דגרסי בקמא⁷¹ זאס"ד ליתא לתקנת אושא לזיבנו לנכסי מלוג וליתב ליה⁷², וקשיא — דהא תקנת אושא ליתא אלא היכא דאיכא למימר לקוחות אינהו דאפסידו אנפשייהו, וגבי חבלות, דזבין ליה נחבל, ליכא למימר הכי⁷³

ואיכא למימר, לפסידא ידידה חשו רבנן ותקנו הכי, ולפסידא דכל מאן דאתי בתר בעל לא חששו אי נמי, משום חבלות — דמלתא דלא שכיחא היא — לא פלוג רבנן בתקנת בעל⁷⁴.

67. הלא לפני הנשואין וכו'.
68. כלומר, בגמ' שם העמדנו את ההלכה כשנתן לה לפני הנשואין, ולכן אם נעשה בעל כלוקח ייגרם הפסד ל"אחרוך", ולפי הקריטריון שלנו במקרה כזה היה עלינו לעשות הבעל כיוורש ואז יזכה אחרוך נכסיו; בענין שומא הנ"ל.
69. כלומר, בענין לא מהדרינן ליה עדיף לבעל שיהא כיוורש, שאז יוכל לקבל קרקעו בחזרה; אגב, יורשה לנו להעיר כי עצם הדיון בב"מ סותר דברי רב פפא, שררי ראינו שם כי במפורש הנורמה "קישחת" ואינה נקבעת לפי טובתו של הבעל (או הפסדו של האחר), והוא כנראה מה שמצייק לראשונים ז"ל, ויישבות לפי דרכם; החוקר המודרני עשוי לומר, כי מחלוקת לפנינו — גישות שונות, ואין צורך בהרמוניזציה.
70. פט א, וראה לעיל ע' 525.
71. כלומר, מדוע פגיעתן רעה, והרי אפשר למכור נכס'מ של האשה ולפצות את הנחבל?
72. כלומר, בעל כיוורש — ועשו אותו לוקח רק במקום שהוא מפסיד אלמלא כן, והצד שכנגד יפסיד משום שגרים כך לעצמו, אבל נחבל אין לומר כך, ומדוע לא יזכה בנכס והבעל יושאר הנורמה של יורש?
73. את התירוץ הראשון אני מתקשה להבין, שכן "תקנה" עשו כדי לקבוע את הבעל כלוקח, ואילו כאן אין צורך בתקנה מיוחדת, אלא אדרבא — להשאיר את הנורמה של יורש במקומה! ועל כן, אע"פ שלא חששו לפסידא של מי שבא אחרי בעל, מכל מקום לא צריך לעקור מן הנורמה בשביל הבעל? ושומא ישלומר, כי לפי התקנה הבעל נחשב כלוקח משעת הנשואין — ולא בשעה שמתעוררת הנפ'מ, ועל כן בשעת החבלה הוא כלוקח — וצריך לתקן שלענין נחבל, איפוא, לא יהא כלוקח! ור' לעיל ע' 517

לסיום הדיון בסוגיתנו, נעמוד על שתי נקודות שכאו דרך אגב בדברי הפוסקים:
(א) רבינו חננאל⁷⁵: "... ובסוף פרק יש נוחלין פסקינן בעל שויה רבנן כיוזרש וכלוקח,
ומדוקיא שמעינן דהאי דקתני 'בעל מוציא מיד הלוקחות' בלא דמים הוא".

כלומר, כיון שהסברנו את חקנת אושא שעשו את הבעל כלוקח משום שהלוקחות 'אינהו
דאפסידו אנפשייהו' ולכן אין מקום לחוש להפסדם — על כרחך שהם אמנם מפסידים ממש,
ומכאן שלדעת הגמרא שם אינם מקבלים חזרה את הדמים ששלמו?⁷⁶

(ב) לכאורה יש מקום לשאול מדוע הבודלנו בין הראשונים הסבורים כי לעולם בעל כלוקח
ממש לבין אלה הסבורים כי זו בעיא שלא נפשטה — הרי למעשה גם אלה וגם אלה
סבורים כי במקרה של "לוותה ואכלה ועמדה ונשאת" פטור הבעל מלשלם את החובו
וכנראה שיש לומר כי ההבדל חשוב, שכן לשיטת ה"מסופקים", אם בא המלוה ותפס
— הוא נעשה ל"מוחזק", ורשאי לטעון "קים ליי" כרשב"ם וכל דעימיהו ובאמת
נדברים האלה כתב בעל שפתי כהן (ש"ך) בשו"ע חו"מ הלכות גביית חוב, סימן ק"ב
ס"ק ו:

"... מדכתב 'ולא אפשט בעיין' וגם מדכתבו 'הלכך מלוה ע"פ' וכו'
משמע להדיא דמשום דלא אפשט בעיין ומספקא להו — לכך לא
גבי מיניה דבעל, וא"כ פשיטא דאי תפס מלוה לא מפקינן מיניה
מספיקא!..."⁷⁷

— וכדברים הללו גם כתב כבר רבינו מגתם המאירי בחידושו לכו"ב שם⁷⁸.

- שלדמ"ב"ן באמת הבעל נחשב לוקח ומוציא בלא דמים ומביא ראיה מנחבל (הערת אחי הרב אורי):
אמנם לפי התירוח השני יתיישב שפיר, שכיון שקבעו להעדיף את הבעל, לא ראו מקום לחלק ודו"ק.
75. אור זרוע פסקי ב"מ סי' שם, אגמאתי לבי"מ צו (ע' 135), וכן ברבינו חננאל על ב"מ מהזרות בלוי
ניריווק תשכ"ז ע' של.
76. וראה לזה בפרק הרביעי, לעיל ע' 509 ואילך.
77. וכדאי לעיין שם בפנים בכל דבורו המקיף ובמקורות הנוספים ודברי הראשונים שהביא שם.
78. ע' 581 במהזרת ר"א סופר תשט"ז, ועיי"ש בהערות המהדיר אות ד'.

פרק שמיני

נספחות ואפליקציות

בפרק זה ברצוננו לעמוד על כמה וכמה ענינות הקשורים לתקנת אושא, אך לא באו בפרקים הקודמים משום מבנה הדיון ורציפותו.

(א) נפסקה ההלכה, כי אשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ונתאלמנה או נתגרשה — מכרה קיים¹. והקשה רבינו שמואל מפירודא בחיבורו "בית שמואל" על השו"ע שם²:

"כן איתא בירושלמי³ וכ"כ הנ"י והטור, אף לשיטתם דבעל מוציא מיד הלכות⁴ — צריך לי עיון למה באמת המקח קיים אחר מיתתו, כיון דהשתא אין בידה למכור... וכן קיימא לן אין ארם מוכר דבר שאינו ברשותו... והירושלמי דפסק מכירתה קיימת — י"ל משום דס"ל הבעל אינו מוציא הגוף, משום הכי מדמה סם לאב טמוכה, משום הכי הוי מכירה גמורה מהיום", עב"ל.

והדברים מובאים ע"י החכם ר"א סופר בחידושי המאירי לכתובות⁵, והזכיר מה שתירץ בזה כבר רבי פנחס הלוי איש הורביץ בספרו הפלאה בקונטרס אחרון, והוסיף: "ולענ"ד י"ל לפמ"ש רש"י בבא קמא פ"ח ב בד"ה באושא שבעלמא קנין פירות לא כקנין הגוף הוא ותקנת אושא הוא רק משום איבה, א"כ א"א לומר שתהא נכסי מלוג שלה כדבר שלא בא לעולם, ומעיקרא תקנו בתנאי זה שאם מת הוא ממכרה קיים".
ודבריו קשים להולמם, שהרי ראינו כי לדעת בעל השאלות ורש"י עשו בענין נכס"מ

1. טור אבן העזר סימן צ' ושו"ע שם סעיף ט בהג"ה, וכבר כתב כך הר"ש קירא בהלכות גדולות (וארשא דף סח ריש ע"א, וכן בהלכות פסוקות הלכות כתובות (מהד' ששון ע' קד, בפקסימיליה ע' 162), וכ"ה בהלכות ראו ע' 79): "ואיתא דובינת נכסי מלוג בחיי בעלה ואמרה ולאחר מיתת הבעל זבין, כי מיית בעל הו זביני זביני".
2. ס"ק לט, וראה לעיל ע' 502 בהערה 25.
3. כתובות פ"ט, דף לב ע"ד בד' ונציה: "דבי הלל בר פוי בעא קומי ר' יוסי: מכר הוא ומתה היא? — אמר לו מכרה (צ"ל מכרו, וכ"ה בקה"ע שם וכן במאירי הנזכר לקמן ובביאור הגר"א בשו"ע שם ס"ק ל) בטל. לכן שמכר בחיי בנו ומת בנו, ועיי"ש במתלוקת המפרשים (קה"ע ופני"מ) בגירסה ובפירוש ובחידושי החת"ס שם, ואכמ"ל.
4. כלומר, לשיטתם שבעל מוציא מיד הלקוחות לאלתר, וראה לעיל בפרק השלישי, ע' 498 ואל"ך.
5. ירושלים תש"ז ע' 184 הערה יג.

תקנה שיהא ק"פ דזוקא קה"ג⁶, ובודאי שאם בעל כלוקח, מהיכי תיתי לבוא ולהגביל ולומר כי הבעל אינו כלוקח אם ימות קודם, וביותר — שהרי אין לאשה קנין בנכסים ושליטה משפטית בהם, וכיצד תוכל למכרם לאתר אפילו על תנאי?

ובאמת שהירושלמי לשיטתו, שהלא ראינו כי לדעת הירושלמי לעולם בעל יורש הוא ולא לוקח⁷, ולפיכך — כל עוד לא מתה האשה אין בעלה יכול לירשה מחיים, והיא השלטת, משפטית, בנכסים — ויכולה למכרם!

ועל פי דרכנו יתברר, שאמנם מבחינה הסטורית עיקר התקנה בירושלמי, שפסקו סטוטוטואית כי הבעל מוציא מן הלקוחות (אע"פ שהוא יורש ולא לוקח) לאחר מות האשה, ולאחר מכן, כאשר הכלילו את התקנה וקבעו את הנורמה כי "בעל כלוקח", לא שינו מן הנהוג הקיים שמכרה תקף במת או נתגרשה⁸.

במלים אחרות: גם לשיטת רש"י והשאלות, חייב המכנה המשפטי של התקנה לתת תשובה לנוהגים שנתגבשו בה מאז נתקנה; כיון שמיסודה ההסטורי, השאירה התקנה באושא מקום למידה-שליבעלות לאשה (שיכולה למכור הנכסים ע"מ שימות הבעל), נשאר נוהג זה בעל תקיפות גם לאחר שעשו את הבעל כלוקח, והיינו: העניקו לו זכות-ראשון — אך לא העבירו אליו את הבעלות, וכיון שהאשה עדיין בעלים — באה "בעלות" משפטית זו לבטוי ביכולתה למכור ע"מ שימות הבעל לפנייה!

(ב) רמב"ם בהלכות שכנים פרק י"ג הלכה י"ד:

"בעל שהיתה אשתו בן המצר, הרי זה מסלק את הלוקח שכל נכסי אשתו ברשותו וכל זכות שתבוא לירה זכות הוא לו, אפילו קנו מיר אשתו שמחלה בזכות זו ללוקח — אינו מועיל אלא הבעל מסלקו. עמדה האשה מדעתה וסלקה את הלוקח, וכן העבד שהיה נושא ונותן בנכסי אדוניו שסלק את הלוקח — אם רצה הבעל או האדון מקיים על ידיהן ואם רצה לא יקיים ותחזור ללוקח ויחזיר הרמים".

והרב המגיד שם:

"זה נראה פשוט, ולא מצאתי דינים אלה בגמרא אבל הם פשוטים בעצמן".

והרי אנו עדים להחלטה של הנורמה על "בעל כלוקח" גם על דיני בר-מצרא, ואע"פ שאין לכך מקור בפסיקה הקודמת!

6. ראה לעיל ע' 523.

7. לעיל ע"ע 3-521.

8. וע"ע בשו"ת הרשב"א חלק ה' סי' ע"ט.

וכך נפסקה ההלכה גם בשולחן ערוך, אם כי בהדגש⁹:

”בעל בנכסי אשתו יש לו דין מצרנות, שאם יש לה קרקע מנכסי מלוג, ובאו למכור קרקע שאצלו, יכול הבעל לסלק הלוקח” וכו’.

וסמ”ע שם¹⁰:

”ובעל בנכסי אשתו חטוב כלוקח ונחשב שלו ואין לה כח למחול המצרנות”.

וכן הוא בכיאוור הגר”א שם סקמ”ב¹¹.

(ג) ברייתא בבבלי יבמות ס”ז ב:

”המכנסת שום לבעלה, אם רצה הבעל למכור לא ימכור, ולא עוד אלא אפילו הכניס לה שום משלו, אם רצה הבעל למכור לא ימכור; מכרו שניהם לפרנסה — זה היה מעשה לפני רבן שמעון בן גמליאל¹² ואמר הבעל מוציא מיד הלוקחות”.

וברש”י שם:

”מכרו שניהם — או זה או זה;

לפרנסה — אורתא דמילתא נקט, שאין אדם מוכר כלי תשמישיו אלא למוזנות;

הבעל מוציא — לא מבעיא דאם מכר הוא בלא דעתה ומת או גירשה דהיא מוציאה מיד הלוקחות, אלא אפילו מתה היא — הוא מוציא מיד הלוקחות דמכירה לאו מכירה הואי כל זמן שהיא קיימת, טמא ימות הוא בחייה ונמצאת מכירה שלא כדין¹³.

האם מכאן ראייה — ולו לכאורה — כי רשב”ג הוא מתקן תקנת אושא שלנו? דומה כי לא. הסוגיא ביבמות שם דנה במחלוקת הנודעת בענין נכסי צאן-ברזל אם ”הדין עמה” או

9. חז”מ סימן קע”ה סעיף י”ד. ועכשיו ראה לענין זה סכום דברים ב”חוקת משפטיהלכות מכירה” (ירושלים תשי”ז) מאת הרב ב’ רבינוביך-תאומים, עמ’ רלח.

10. ס”ק כ”ג.

11. לענין דין האשה כמוכרת, שאינה מעניינינו כאן, ראה בחשה”ג אסף (תש”ב) ע’ 29-30, בסימן כ”ב, והיא תשובה רבת-ענין המביאה מחלוקת ראשונים ורב סעדיה גאון, ועיי”ש גם בהקדמת אסף ע’ 20 (“התשובה החשיעית”).

12. בעטור (ערך מדעא, דף מ”ח ע”א במהד’ רמ”י) גורס כאן ר’ ישמעאל (ושמא הכוונה לר’ ישמעאל שהיה ”מהלכי אושא” — בבלי ב”ב כ”ח ב’, ועי’ מש”כ בענין זה מהר”ן אפשטיין במלנח”מ ואכ”מ), ועיי”ש שאר דבריו לסוגיין.

13. עפ”י הגהת הב”ח שם.

ה'דין עמו" — כלומר, אם בשעה של פירוד האשה זכאית לקבל את החפץ עצמו בחזרה, או שמא יכול הבעל לתת לה את דמיו הרשומים בכתובה ואינו חייב לתת לה את החפץ עצמו. לדעת רב יהודה שם, הדין עמה, והברייתא שציטטנו באה כדי לתמוך בדעתו ('תניא כוותיה'). מכאן הבטוי "המכנסת שום לבעלה", שפירשו רש"י¹⁴ "נכסי צאן ברזל ששמה לו בכתובתה" והכוונה להערכה שנעשתה בנכסים וכו'.

הבעלות על נכסי צאן ברזל היא ענין אחר ואינה שייכת במישרין לתקנתנו¹⁵; ברור עכ"פ שבנכסי מלוג יש יותר מקום-שליטה לאשה, ואם בנכסי צ"ב ברור כי הבעל מוציא מיד הלקוחות, הרי שאין הדבר ברור כל עיקר בנכס"מ.

ועי' לכל הסוגיא בטור אהע"ז סימן צ' ובבית"יוסף שם¹⁶.

(ד) בכבלי, בבא"ב תרא דף נא ב:

"אמר רב: המוכר טדה לאשתו — קנתה והבעל אוכל פירות;
במתנה — קנתה ואין הבעל אוכל פירות; ורבי אליעזר אמר: אחר
זה ואחר זה קנתה — ואין הבעל אוכל פירות... אמר רבא: הלכתא
— המוכר טדה לאשתו לא קנתה והבעל אוכל פירות, במתנה —
קנתה ואין הבעל אוכל פירות..."

וכך פסק הרמב"ם¹⁷, וראה שם במגיד משנה:

"...וכתב הרשב"א ז"ל: ומיהו אם מתה הבעל יורשה, הא למה
הדבר דומה, לאב שנתן לבנו מתנה... ואפילו מכרה היא או נתנה
לאחר ומתה, הבעל מוציא מיד הלקוחות... וכן דעת גאון ז"ל, ואין
דעתי נוחה בכך, עכ"ל.

ובחידושיי לבבא קמא ניסח הרשב"א דבריו בלשון מסופקת — "וצריך לי עיון" וכו'.
ראה לעיל ע' 528 שהבאנו דבריו הנ"ל;
והרמב"ן בחידושי¹⁸ אף הוא דן בשאלה אגב קושיית רבינו תם (בספר הישר סי' קל"ג

14. סו ע"א שם בתחתית העמוד.

15. אמנם ראה בספר התרומות דין מקביל, היינו אם בטל המכר מיד או רק במות האשה — במקרה שמכר הבעל בנכסי צ"ב, בשער ו' ח"א ס"ה, ובגדולי תרומה שם, ואכמ"ל.

16. דף קלב במהדורת וארשא.

17. בהלכות אישות פכ"ב הלכה כ"ז.

18. על כ"ב כאן, ע' קמא במהדורת בני-ברק הנ"ל; ומרן הבית"יוסף בטור אהע"ז סי' פ"ה אות יח מביא הדברים בשם הרשב"א, וכידוע סברו כמה מחכמים כי חידושי בתרא הנ"ל הם לרשב"א ולא לרמב"ן, וכנראה שטענו בזה משום שחידושי בתרא נדפסו לראשונה בונציה יחד עם תידושי הרשב"א לביצה גיטין וחולין, וכבר העיר בזה גדול הביבליוגרפים החיד"א ב"שם הגדולים" (מערכת גדולים אות ש' סי' יט) שלו, והעיר שם כי "יש בדינו" חידושי הרשב"א לבבא בתרא ככ"ה, ותכל על דאבדין... ועי' ברא"ש כאן סי' נד ובכתובות ריש פרק הכותב ומה שהאר"ך שם בעל "קרבן נתנאל" בבירור

במהדורת שלזינגר) מגיטין עז א' ואין כאן מקום להאריך בכל זה ועיי"ש, ומ"מ לעניינינו פסק בסוף דבריו:

”ומכל מקום לענין הדין — אמת הוא שהנותן מתנה לאשתו שקנתה ואין הבעל אוכל פירות, אם מכרה ונתנה ומתה הבעל מוציא מיד הלוקחות בדין נכסי מלוג, וכך כתב הנגיד רב שמואל הלוי בשם תשובת רב שדירא ורבינו האי גאון ז"ל.”

אמנם הרמ"ה פסק בפירוש להפך:

”והרמ"ה כתב טאם מכרה או נתנה — קיים, כיון שאין לו פירותו!”¹⁹

ואולי נוכל להאיר את המחלוקת בויכוח שהעלינו לעיל, אם תקנת אושא היא משום ש"אלמזהו רבנו לקנין פירות דבעל" שיהא קנין הגוף, וממילא אם אין כאן קנין פירות — אין מקום לתקנת אושא שתחול, או שמא עיקר הענין הוא שלא תבריא אשה מירושת בעלה, וטעם זה קיים אף בנותן מתנה לאשתו, וכמו שכתבו רבינו תם והרמב"ן והרא"ש שנתן לה ע"מ שתחזור אליו לכשירשנה, וממילא אף אם מכרה ונתנה הבעל מוציא מיד הלוקחות!²⁰

(ה) אשה שתלוותה מנכסי מלוג שלה — המוציא הבעל מיד הלווים?²¹

הענין שנוי במחלוקת ראשונים ארוכה, ונזכיר רק עיקרי דברים:

למדנו בבבלי בכאבתרא קכה ב:

”אמר רב פפא: הלכתא — אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק, ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה...”

סתירת התוספות מפרק החובל לפרק נערה וכדברי המהרש"א בחידושו לפי נערה (דף נ ע"א) כי משנת הכותב נשנתה לפני תקנת אושא לפי אחד הדיבורים ואחרי התקנה לפי הדבור החולק, ואכ"מ להאריך בדברי האחרונים, ועיי"ש.

19. בשור אח"ע סימן פ"ה (ס"ק יח), ועיי"ש בכ"ח. וראה עוד שם בסימן צ"ב וכל הדין במשנת הכותב, ואכ"מ. ובב"י על השור שם הביא שיטת הרישב"א שתובא במ"מ שכיון שהבעל יודע הוא מוציא מיד הלוקחות, ושכן היא שיטת רב שמואל הנגיד בשם הגאונים רב שדירא ורב האי.

20. וע"ע לכל הדין במה שהאריך בספר התרומות בשער הששי בח"א (דף ל"ו ב — מ"א ב בד' ונציה), ובנמוקי יוסף כאן ובמה שהביא בשם הרישב"א. וראה עוד בתשובות הרשב"א בח"א סי' תתקנ"ג. ועי' לעיל ע' 530 שכברינו כתב באבג"מ (בענין נכסים שאינם ידועים לבעל). ויש לנו עדות קדומה לשקלו של הרמ"ה: שהנה גאון א"י קדום ב"ספר המעשים" (ר' שעז ירושה, לעיל ע' 253) כותב על המורד באשתו: "ואינו חייב לה מונגות ויש לה רשות ליתן מתנה בחייה למי שהיא מבקשת" (!) ואם לא עשתה מתנה "בעלה זה שלא נתן לה גט יורש אותה..." — נמצא שתק"א אינה תלה כאן משום שאין לבעל פירות, ולא משום שאינו יורשה!

21. ענין זה נדון בהרחבה בשער תקי' ירושה, לעיל ע' 47, עיי"ש.

ובתוספות שם ד"ה אמר רב פפא:

"והוא הדין נמי דלא טקיל בעל במלות אשתו, אפי' במה שלותה²²
אשתו מנכסי מלוג... דלא חשיב מלוה ראוי בכבוד²³ והוא הדין
לגבי בעל, והאי דשביק בעל דאיירי בה ונקט בכור שאינו נוטל פי
שנים במלווה, היינו משום דלגבי בכור איפליגו אמוראי..."

ולפני בעלי התוספות כבר היתה הלכה זו פסוקה ע"י הגאונים, וראה בספר השאלות
בשאלתא קל"ה בפרשת פנחס²⁴, ובספר הלכות גדולות בסוף הלכות נדוי, וכן דעת תל
ראשונים ואין כאן המקום להאריך בכל זה, וראה בשטמ"ק למקומנו שהביאו דעת הרא"ם
(הרי"ן מיגאש) והחולקים עליו עיי"ש²⁵.
אבל לדעת הרא"ש²⁶ יש מקום לחלוק על סברת התוספות — ובוה מוזקשר כל הענין
לדיון שלנו:

"...ול' נראה דאם הלוותה האשה מנכסי מלוג שלה כשהיתה תחת
בעלה ומתה — ידית בעל היא מלווה, שהרי לא כדין הלוותה קרן
של נכסי מלוג שלה, שהקדן ברשותו הוא... ולא עדיף ממכרה
שהתקינו באוטא שהבעל מוציא מיד הלקוחות, אע"פ שלא מכרה
כי אם הגוף אחרי מותה והבעל היה אוכל פירות בחייה — אפילו
הכי הוא מוציא הגוף מיד הלקוחות משום דכלוקח ראשון שיווה²⁷
רבנן, וכל שכן אם הלוותה ממון שהיה בידיה שהבעל מוציא מידו
ויורש אותה מלווה..."

ולסיכום הדיון כולו להלכה ראה מה שהביא בטור אבן העזר כריש סימן צ' ובבית יוסף
שם²⁸, וכך פסק להלכה כרא"ש בשו"ע שם ומכח הסברא שדין המלוה כדין מכר וחלה עליו

22. הכונה בודאי למה שהלוותה; ומה שכתוב לעיל לפנינו "במלות אשתו" צ"ל ככל הנראה "במלוה"
וכי"ה בדפ' ונציה רפ"א, ועי' במרדכי סי' תקע"ז.

23. סגנונם צל"ע, שהרי בכונתם לומר שהמלוה חשוב ראוי — ועל כן אין הבעל והבכור נוטלין בו
כבמחוק;

24. והביאו הרמב"ן בחידושויו כאן וכן בעל נמוקי יוסף, אלא שלפניהם היתה גירסא אחרת בשאלות
שממנה נראית גירסא אחרת בגמרא ובה מפורש כי מלוה לגבי בעל ראוי הוא (וכן הביא הגר"א
בביאורו בשו"ע סי' צ' אות ה'), ועיי"ש בהעמק שאלה לנצי"ב (ע' קבח ואילך שבגירסת כה"י שלפנינו
הגירסא כמו בגמרא לפנינו והוכיח כי היא הנכונה, וכן ראה שם שהאריך בכל הענין. והבי' מזכיר את
השאלתא כאילו היא בפרשת בלק, וכנראה שסדר השאלות היה לפניו אחר ממה שהוא לפנינו.

25. ע' תקטס במהד' ציוני, וראה עוד במרדכי כאן סי' תקעז ובספר מישרים לרבינו ירחם בנתיב הכ"ג ח"ז
(דף ג נט ב במהד' ונציה ש"ג).

26. ב"ב פ"ח סי"א.

27. כך בדפ"ר, ולפנינו שו"נה, וזו בודאי טה"ד.

28. וראה שם במיוחד במה שהביא מתשובת הרשב"א, והיא בשו"ת ח"א סי' תתק"ד.

תקנת אושא, ובעל בית שמואל הסיק (שם) מכאן כי באמת יכול היה הבעל — לשיטת הרא"ש — להוציא מן הלוח את ההלוואה מיד:
 יתכן, איפוא, כי המחלוקת תלויה במחלוקת הראשונה דלמעלה: הרא"ש לשיטתו, שהבעל מוציא מיד, ואין "בעלות" לאשה, ולכן גם הלווה שלא כהוגן; אך לחולקים עמו, האשה "בעלים" ובעלה מוציא רק לאחר מותה, ומדין "ירש" — ועל כן בהלוואה נשאר דין "ראוי"!

(ו) תקנת טוליטולה²⁹:

בתשובות הרא"ש כלל נ"ה סימן א':

"אשה שנתנה לבעלה שיקח אחרי מותה החצי שהיה ליורשיה ליקח בכח תקנת טוליטולה — מי הוי המתנה מתנה או לא?
 וזה נוסח התקנה: 'אם תמות האשה בחיי בעלה והנחתה ממנו זרע של קיימא... הרי כל מה שימצא מעזבונה שהוא בגדי נדוניתא או קרקע נדוניתא יחלוק אותו הבעל עם אותו הזרע בשוה, ואם לא תניה זרע של קיימא כמו שזכרנו יהיה כל מה שבארנו מעניני עזבונה המצויים בעין בין הבעל ובין הראוי ליורשה זולתו, ויסוב מן הבעל החצי הנזכר שהוא ראוי ליורשו על פי הדין למי שקודם בדין לירש מאת יורשיה כאלו מת הבעל בחייה... לענין שיזכה הראוי ליורשה מלבד הבעל החצי הנשאר מעזבונה שהוא גוף נדוניתא בין קרקעות בין מטלטלין וישאר לבעל החצי השני..."
 תשובה: יראה מלשון התקנה³⁰ שכווננו שלא תסוב נחלה מקרובי האשה לבעל, לכך תקנו שהחצי מהנחלה תשאר ביד יורשיה ועקרו נחלה מן הבעל הראוי לירש מן התורה ונתנוהו ליורשיה אחרי מות האשה, אבל בחייה לא השליטוה בחצי הנכסים ליתן לכל מי שתרצה כי זה אינו מוכיח כלל מלשון התקנה שירדו לזה להפקיע תקנת אושא שתקנו האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה הבעל מוציא מיד הלקוהות³¹ כי מה הוערכו לזה ליפות כח האשה בחייה כי כל כוונתם לא היתה אלא שתשאר הנחלה בחזקת יורשיה אחרי מותה ולא תסוב הנחלה כולה ליד בעלה... ואלו היתה כח ביד האשה לתת למי שתרצה לא הועילו כלום בתקנתם כי הבעל היה

29. ר' לעיל בתקנת הידושה דיוגנו בתקנות הקהילות (ע' 319 ואילך), ובמיוחד שם ע' 341.

30. כנראה שמכאן פסק הרמ"א בשו"ע אה"ע קי"ח סעיף ת' בהג"ה "וייש לילך בזה אחר לשון התקנה", ובאמת על רקע זה באה מחלוקתו הגדולה של הרא"ש עם ר' ישראל, בכלל נ"ה הנ"ל סי' ט' ואילך, וראה לקמן.

31. שים לב שאף כאן אין הרא"ש מצטט בנוסח התקנה "ומתה", ור' לעיל ע' 527 ועי' 532.

מפציר בו כל ימיו לתתם לו מאחרי מותה, ומתוך שאין אדם דר עם נחש בכפיפה היתה נשמעת לו יותר מכלל קרוביה... הלכך מכירתה ונתינתה בחיי בעלה אינו כלום, אלא הכל כמו שמפורש בתקנה 'הראוי לירש יירש' כי חכמי התקנה דקדקו ועיינו להיזהר קיימת כמו שתקנו בלא שינוי, כי כתבו 'זהניחה ממנו זרע של קיימא בן או בת שיירש חצי מן הנכסים' ואף אם יהיו לזה בנים מאיש אחר אין להם חלק בנחלה, אלמא אין הנחלה כאה מכותה כלום להנחילה לכל יורשיה, אלא כמו שמפורש בתקנה טעקרו הנחלה מן הבעל הראוי לירש אשתו אחרי מותה ונתנה לטוב בעיניהם..."

הבאנו את התשובה בתלקה הגדול, הן משום ענינה שהוא שייך לדין שלנו, והן על שום הניחות המשפטי המזהיר המתגלה בה, השיטתיות שבעיני הפרשני בלשונו של מתקן התקנה ('המחוקק' בלשונו היוס), והכעיתיות המיוחדת המתגלה כאן לפנינו בתחום שאנו עוסקים בו:

אם בתקנת טוליטולה נעקר דין ירושת הבעל המקורי (ואין נפ'מ לענין זה אם היא דאורייתא או דרבנן — שהלא יש כח ביד חכמים להפקיע כל דבר שבממון, ש'הפקר בי"ד הפקר'), והבעל יורש דרך קבע רק מחצית הרכוש (בדומה תתעורר השאלה כאשר לתקנת שו"מ — ראה בשו"ע אה"ע סי' נ"ג בסוף הגהת הרמ"א³²) — האם זכאית האשה למכור או לתת את המחצית האחרת מעכשיו ולאחר מיתה?

כלומר: ברור שהבעל זכאי לאכול פירות מנכסי המלוג מאז ומתמיד, ולא נעקרה זכותו זו ע"י תקנת טוליטולה מכל וכל; אך כיון שירושתו הופקעה, מן המחצית, האם זכאית האשה למכרה לאחר מותה שלה?

כפי שראינו, משיב על כך הרא"ש בשלילה מוחלטת. אין לך בתקנה מחודשת זו אלא חידושה, וממילא שתקנת אושא ממשכה לחול, ובודאי לשיטת הרא"ש שהבעל מוציא מן הלקוחות בחייה והמכר בטל לאלתר. ומכאן גם מסקנה מרחיקה יותר: מעתה, לא רק הבעל מוציא מיד הלקוחות, אלא גם היורשים הזכאים לפי תקנת טוליטולה — רשאים להוציא מיד הלקוחות לאחר מות האשה!

לעומת הרא"ש, סבר החכם רבי ישראל אחרת, ונימוקו עמו³³:

"ואם לא היתה ממנו זרע של קיימא כמו שזכרנו, יהיה כל מה שביארנו ממיני עזבונה הנמצאים בעין בין הבעל ובין הזוכים בירושתה זולתי — כלשון הזה העתיק החכם רבי ישראל את לשון התקנה מלשון ערבי ללשון עברי(1), ואומר הוא שהלשון 'הזוכה

32. וכל הענין אצל גולאק, "סודי המשפט העברי" ח"ג ע' 91 ואלך.

33. בשו"ת הרא"ש שם סי' ט, וראה עוד בכלל מ' סי' ב.

בירושתה' הוא מורה בלשון ערבי אף למי שנתנה האטיה בחייה או לבעל או למי שאינו ראוי ליורשה, ומן הדקדוק הזה הוא מורה ובאר שהאשה יכולה ליתן נחלה למי שתדעה!³⁴

ואע"פ שהריכוח בין שני החכמים הוא רב ענין (ובנוגע למידת הבנתם בשפה הערבית, בין השאר...) אינו ענין לכאן, וההלכה הזכרעה כרא"ש, וראה לזה בשו"ע אבן העזר סימן קי"ח סעיף ח'³⁴;

ולפי דרכנו שמא נוכל לומר כי המחלוקת שוב נובעת מטעמיה של תקנת אושא: אם התקנה כדי שלא להבריח מן הבעל — הרי שלאחר התקנה בטוליטולה אין צורך יותר בתקנת אושא! (במחצית הנכסים), ואם כדעת האומר שמשום איבה אלמיה רבנן לק"פ דבעל — הרי שגם עם תקנת טוליטולה, נשארת תקנת אושא בתוקפה באשר לנכסים כולם³⁵.

34. וכן הוא אצל גולאק הנ"ל, ע' 94-95.

35. אמנם הרא"ש ורבינו ישראל בויכוח שביניהם שם מסכימים איש עם רעהו כי הויכוח אינו מבוסס על הגמרא אלא על משמעות לשון התקנה וכמו שראינו למעלה, וא"כ אין מקום לדברינו, ומכל מקום אולי המניע היסודי העומד ביסוד המחלוקת הוא בסברא זו, וצ"ע נוסף.

סכום

תקנת אושא, כחוק שנתקן ע"י חכמים (תנאים או אמוראים) ואף נתנסח על ידיהם, היא דוגמא מובהקת לסמכות ולכוח שניתנו ביד חכמים להתקין תקנות בשעה שראו בכך צורך. אין ספק שענינה העיקרי בהגבלת זכות האשה לעשות בקניינה כרצונה¹; מכאן מתבקשת השאלה אם אמנם צדקו חכמים בהגבלה זו — ואם יש לה מקום במערכת יחוסי הממון בין בני זוג אף בימים אלה.

נראה לענ"ד, כי הדבר תלוי בקבלתה של המערכת כולה: אם אמנם נראה לנו כי האזון המדוקדק שנבנה ע"י חכמים בעמל רב — ובעבודתנו נסינו להראות כי אזון שכזה אמנם קיים — יש בו טעם ותוחלת, וכי יש בו כדי להבטיח שלום ושלימות בכנינה של המשפחה בישראל, למנוע חכוכים ויחסי איבה, כי או יש הגיון ויש שחר גם להגבלה ספציפית זו של תקנת אושא.

צא וברוק: האיש יורש את אשתו, וגם לפי תקנות הקהל שדברנו בהן² — הוא יורש לפחות חלק בנכסים, ותמורת זאת הוא מתחייב בהוצאות הקבורה והטיפול בה; האיש זכאי לפירות נכסי אשתו — למען ריווחת הבית כולו, ומתחייב בתמורה להושיעה משבי וממאסר; היעלה על הדעת לסכל ענין של הלכות אלה ע"י פתיחת האפשרות להערים על הבעל ולמכור את הנכסים בלא שיהא לו מה לומר, ולהמשיך וליהנות מן הזכויות שתוקבעו לאשה בחוק כדי לתגן עליה? האמנם בכך נשמור על האימון ההדדי בין בני הזוג, ונשכיל למנוע פרוצות הקוראות לגנב?

דומה כי אין מקום להבהל מן ההגבלה הזאת על "חופש הפרט", ומן הקפות, כביכול, של האשה. מטרתה של המערכת לשמור על רכושה של האשה ועל מלוא זכויותיה — אך בתנאי שהיא לא תנצל את המגמה הנפלאה הזאת לרעה; מכאן שאם החליטו בני הזוג כיניהם לארגן לעצמם מערכת הסכמות משלהם — הרי זכותם המלאה לעשות כן, ואף ההלכה מכירה בכך בלא כל משואיפנים³.

כך הגענו, לאחר דרך ארוכה, לסיומם של דברינו — בחינת "תם ולא נשלם". עסקנו בקבוצה מסוימת מאד של תקנות — החל בהלכה שהיא ספק תקנה, ספק דין תורה (ירושא), דרך נוהג שהתגבש לחוק (קבורה, פירות) — ועד לתקנות אמוראים והתפתחותם המאוחרת בכתיבי גאונים וראשונים. יודעים אנו כי לא עלינו המלאכה לגמור, אך אין אנו בני הורין להיבטל ולומר "אין עלינו לעיין ולבדוק", ואדרבא, התקוה רבה כי נוכל להמשיך בעיון זה בתקנותיהם של חכמים וכבריה של תורה, להוסיף ולצלול במים אדירים של מרחבי ההלכה והמשפט העברי, ולנסות ולהעלות מרגליות בדינו.

1. ראה מה שכתבתי באורך במאמרי "ביטול זכות הבעל לפירות נכסי מלוג במשפט הנוהג ותוצאותיו", דיני ישראל, כרך ו (תשל"ה) עמ' 121-138.
2. לעיל, שער ירושה וקבורה, פרק שביעי (נספח).
3. ראה, למשל, לעיל שער שני (תקנת פירות), פרק ראשון סעיף 5.