

## בעניין הפקעת זיקה על ידי אישות ערווה

תנן:

שומרת יבם שקידש אחיו את אחותה, משום רבי יהודה בן בתירא אמרו: אומרים לו המתן עד שיעשה אחיך מעשה (מא ע"א).

כלומר, אומרים למקדש שיימנע מלכנוס את ארוסתו בטרם ייבוס או חליצה, מפני שהיא אחות זקוקתו שאסורה לו. במשנה לא נתבאר מה יהיה הדין אם לא רק קידשה, אלא כבר כנסה - האם בכי האי גוונא אומרים לו שימתין מלבוא עליה כל עוד לא נעשה מעשה? על שאלה זו כתבו התוספות:

אר"י דדוקא קידש אומרים לו המתן מלישא, משום דבשעת נישואין נראה כנושא אחות זקוקתו. אבל, אם נשא כבר, שהיא אשתו גמורה, פקע לה זיקה לגמרי ואין צריך להמתין מלבעול (יח ע"ב ד"ה "שומרת יבם").

מראשית דבריהם נוצר רושם שאין הבדל מהותי בין קידש לכנס. כל ההבדל הוא בין נישואין - הבולטים לעין ולפיכך אסורים, לבין ביאה - המתבצעת בצנעה, ואין לחוש להדיא. ברם, מהמשך דבריהם משמע שהחילוק הוא בין המצבים ולא בין המהלכים. הוזה אומר, שלאחר נישואין פקעה הזיקה לגמרי, ואילו בתקופת האירוסין הזיקה עומדת בעינה.

ההבנה השנייה היא זו שאומצה על ידי רוב הראשונים, אלא שהיא מעוררת שאלה פשוטה, כפי שהקשה הרמב"ן:

איכא למידק, וכיון שקדשה הלזה, אחות אישה היא - מיד תצא! דמאי שנא נשואין מאירוסין, בתרווייהו אחות אשה היא מדאורייתא. ואמרינן נמי בפרק ד' אחין (כט ע"ב) "ואי ס"ד מאמר לב"ש קונה קנין גמור, זה יעשה מאמר ויקנה וזה יעשה מאמר ויקנה" ואע"ג דסבירא להו לב"ש יש זיקה... וי"ל לדברי האומר יש זיקה, שתיהן [ג.ב. היבמה והארוסה] כמקודשות אצלו, אבל נשואה - אם מפקעת זיקה, דין הוא, לפי שזו אשה גמורה אצלו בביתו והאיך תכנס הלזו ותוציאנה מביתו...

עוד י"ל שהיא גזירה שמא יכנוס בלא קידושין אחרים ונמצא פוגע באחות זקוקתו ולפיכך לא התירו לו ביאה כלל עד שיעשה אחיו הגדול מעשה כנ"ל.  
(יח ע"ב ד"ה "אומרים").

לפי התירוץ השני, מעיקר הדין קידושין גרידא מפקיעים את זיקת היבמה. לדעת הרמב"ן, תרוץ זה נכון גם למאן דאמר יש זיקה. אמנם התוספות (יח ע"ב, ד"ה "אומרים") הציעו

זאת רק למאן דאמר אין זיקה. ככל הנראה, אפילו אם נסבור שיש זיקה, הקידושין עוקרים אותה. היות ולא תיתכן אישות לשתייה, ורמת האישות של הזיקה נחותה מזו של הקידושין, לפיכך הזיקה היא זו שפוקעת.

מעין זה כתב הרשב"א, אבל בתוספת נופך משמעותי:

ואולי נאמר, דלמאן דאמר יש זיקה - הויה לה כעין מקודשת, וכיון שלא הספיק לכנוס את אחותה אומרים לו המתן, כדי שלא יראה ככונס אחות מקודשת לו ראשונה. אבל אם קדם וכנס אין מחמירין עליו כל כך להוציא את אשתו ואפילו להפרישה, דמה שעשה עשה. ואף היא נמי, כל שהוא מעוכב מחמתה אינה ניתרת לשוק בכדי, אלא חולצת מדבריהם. אבל בשקדם הוא וכנס ואינו מעוכב מחמתה, אף היא לא הצריכה חליצה אלא יוצאה לשוק בלא כלום (מא ע"א ד"ה שומרת יבם).<sup>1</sup>

כלומר, הרשב"א סובר כרמב"ן שמדובר בחילוק דרבנן. אך אין כאן גזירה ערטילאית מחשש שמא יכנוס ללא קידושין, אלא רואים אנו את הזקוקה כאילו היא מקודשת, ולכן אסור לכנוס את אחותה. במקרה שכבר נשא, ההיתר אינו נעוץ בהעדר עילה לאסור, אלא עיקרו מפני שבדיעבד לא החמרנו עליו עד כדי איסור אשתו הנשואה.

בקצה השני ניצבת דעה נוספת, שעולה אף היא ברמב"ן:

מיהו י"ל דלמאן דאמר יש זיקה, מקצת קנין שיש לו בה מן התורה פוגם עליו קדושי אחותה, בין קידושין גמורין בין קידושי מאמר שאינן גומרין בה ואפילו קדם ונשאה יוצאה כדברי בית הלל, ולעולם לא מידחיא אלא משום קידושין ונשואין דקודם זיקה. ויש לטעם הזה פנים (שם).

כלומר, למאן דאמר יש זיקה אין הזיקה פוקעת, לא על ידי קידושי אחות הזקוקה ולא על ידי נישואיה, וכל חילוק ביניהם מתאפשר רק למאן דאמר אין זיקה.

לפי שתי הצעות קיצוניות אלה, אין חילוק עקרוני בין קידושין לנישואין, ואילו לפי הסבר הרמב"ן הראשון, שצוטט לעיל, קיים שוני יסודי. מוקד השוני לדבריו, הנו ברמת האישות של האחות השנייה, ובפער שבין נשואה שהינה "אשה גמורה אצלו בביתו" לבין מקודשת שהינה עדיין מחוץ לכתליו.

ברם, עדיין צריך עיון. השוני שבין המצבים אמנם ברור, ויש לו השלכות רבות

1 דיון ארוך ברשב"א שם, והשווה לדבריו לעיל יח ע"ב ד"ה "אומרין". יש לציין שהרשב"א ראה מקום להתייחס בנפרד לאח שנשא וליבמה. והסיבה לכך פשוטה: היות ולדעתו בנשא לא חסרה עילה לאסור ואפילו בדיעבד אלא שחכמים לא רצו להחמיר עד כדי כך, ניתן היה מסברא לפצל בין שני האישים, היות והמחיר שהם נדרשים לשלם שונה. ברם, לבסוף, אפשרות הפיצול נדחתה והרשב"א הסיק שחכמים יישרו קו באופן עקבי ומכיוון שהתירו לו התירו גם אותה.

בתחומים בהם הפער שבין קניין משפטי במהותו לבין חיבור אישות קיומית - קובע<sup>2</sup> אך מהיכא תיתי שהוא יקבע גם כאן, ולמה אין בכוח אישות הקידושין, הרדודה יחסית, להפקיע את הזיקה?

על בעיה זו עמד הרשב"א לאחר שהביא את תירוץ הרמב"ן:

ואינו מחוור בעיני כל הצורך, דאי אמרינן סבירא ליה לר' יהודה בן בתירא דזיקה דאורייתא וכמקודשת גמורה היא אצלו משעת נפילה - אם כן, לא יהיו קדושין תופסין באחותה כלל. ואי אמרינן דזיקה לאו דאורייתא - אם כן, אכתי תהדר קושיין לדוכתה למה אין קדושין גמורין דאחותה דוחין אותה כמו שהנשואין דוחין אותה דחייה גמורה, שהרי הקדושין קונים הם קנין גמור ואשתו גמורה היא. ואם מת היבם למה יוציא את אשת אחיו בחליצה? והלא משעה שקדש נדחית היבמה דבר תורה מיניה ידידה דחייה גמורה!

(מא ע"א ד"ה "ומכל מקום").

על אף שהרשב"א הקשה אליבא דהסוברים שזיקה מדרבנן, ניתן לכאורה להעלות את אותה השאלה ביחס לרמב"ן, גם לסוברים שזיקה דאורייתא. ברם, אם תירוצו יידחה, נותרת בעינה השאלה שעליה בא לענות - האם ועל סמך מה ניתן לחלק בין קידושין לנישואין לגבי הפקעת זיקה כשהיבמה הפכה להיות אחות אישה?

נראה שנותר בעינין זה מקום להתגדר. מוקד הסברנו יהיה - טיב ורמת איסור קרובות מחמת אישות, ולא רמת האישות גרידא. מפשטות לשון המשנה בקידושין (סה ע"א) - "האומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני, הוא אסור בקרובותיה, והיא מותרת בקרוביו", משתמע בעליל שקרובות נאסרות על ידי קידושין. כך קבע הרמב"ם להלכה:

כיון שקידש אדם אשה, נאסרו עליו מקרובותיה שש נשים, וכל אחת מהן ערוה עליו לעולם... ואלו הן: אמה, ואם אמה, ואם אביה, וכתה, וכת בתה, וכת בנה... וכן אחות אשתו ערוה עליו עד שתמות אשתו

(הל' איסורי ביאה פ"ב ה"ז).

אך לא כך משמע מדברי התוספות:

ובת אשתו היכא דנכנסה לחופה ולא נבעלה, נראה לר"י דחייב על בתה אע"ג ד"עדות אשה וכתה לא תגלה" כתיב, דמשמע ביאה, דסברא הוא דאין תלוי בביאה, דהא לא מיחייב על בת אנוסתו. אלמא דבקידושין תליא מילתא

(ג ע"א ד"ה "בתו").

על פי התוספות, יש איסור בנכנסה לחופה ולא נבעלה ולא בארוסה, ואף שלקראת סוף דבריהם ציינו דבקידושין תליא מילתא, נראה דאגב שטפייהו לא דייקו, דלא באה אלא לשלול הצורך בביאה. וכן מוכח להדיא מדבריהם להלן:

2 יש גם מקום לחלק בין תחומים שונים ורמות שונות של נישואין. עיין במיוחד כתובות מח ע"ב ואכמ"ל.

וא"ת כיון דאיסור אשה ובתה מ"ערות אשה ובתה לא תגלה" נפקא, אימא שלא אסר הכתוב אלא היכא דגלי ערות שתיהן. אבל נכנסה לחופה ולא נבעלה - מותר לגלות ערות האחרת. ואר"י דסברא היא, כיון דכתב 'שאר' בקרא דעל ידי הנישואין באה השארות (צו ע"א ד"ה "עריות").

אם כן, התוספות חלקו על דעת הרמב"ם בנידון (וכבר עמד על זה ב'ערוך לנר').<sup>3</sup> אשר למשנה בקידושין, אולי הבינו התוספות שמדובר באיסור דרבנן.<sup>4</sup>

אם נקבל את שיטת הרמב"ם, ניתן יהיה להניח שאין הבדל באיסור הקרובות בין קידושין לנישואין. ברם, לחלופין ניתן להציע כי אף שאיסור הערוה חל משעת הקידושין, הנישואין מוסיפים לאיסור מימד ורמה.

אומרת הגמרא בריש אלו הנשרפין:

תנו רבנן "אותו ואתה" - אותו ואת אחת מהן, דברי רבי ישמעאל. רבי עקיבא אומר: אותו ואת שתיהן. מאי בינייהו?... רבא אמר חמותו לאחר מיתה איכא בינייהו. רבי ישמעאל סבר - חמותו לאחר מיתה בשריפה, ורבי עקיבא סבר - איסורא בעלמא" (סנהדרין עו ע"ב).

ופירש רש"י:

ר"ע סבר, 'אתה' - שתיהן משמע. והכי קאמר: אם אשתו קיימת תשרף חמותו, ואם לאו, אין כאן עונש שריפה אלא איסור ארור שוכב עם חותנתו (שם, ד"ה "ר"ע סבר"). על פי רש"י, ברור שאין כאן לאו ואף לא כרת, ואף שיש כאן כנראה איסור דאורייתא<sup>5</sup> מכל מקום אין זה מדיני עריות. זהו פשר הביטוי 'איסורא בעלמא'.<sup>6</sup> אך לעומתו הבה"ג כתב:

- 3 עיין בדבריו בדף ב ע"ב בהרחבה. בין היתר הוא מעיר: "ולא ראיתי הוזכר מזה בפוסקים ותמהתי שהרי יש נפקותא טובא גם לדידן", אך בהמשך ציין דברי 'שער המלך' בנידון. עיין גם במצוין ב'ספר המפתח' ברמב"ם מהדורת פרנקל, הל' איסורי ביאה פ"ב ה"ז.
- 4 יש לעיין האם התוספות הצריכו נישואין רק באשה ובתה, בכל קרובות האשה, או אפילו בקרובים מחמת אישות שאינם קרובי האשה כגון כלתו או אשת אחיו.
- 5 הרמב"ן (יבמות צט ע"ב ד"ה "ומאן דשרי") העלה אפשרות שאין כאן אלא איסור דרבנן אך לבסוף דחה.
- 6 המאירי (סנהדרין עה ע"א ד"ה "המשנה") כתב: "ומכל מקום במסכת יבמות פרק האשה רבה כתבו רוב מפרשים בחמות לאחר מיתה שיש איסור תורה דוקא בלאו אבל לא בכרת". לפי זה ניתן היה להבין שמדובר באיסור לאו מדיני ערוה-דקליש איסורא, אך עדיין מסווג כערוה. אך ביבמות (צד ע"ב ד"ה "ונשוב") כתב: "ומכל מקום רוב מפרשים פירשוה באיסור לאו ומדכתיב ארור שוכב עם חותנתו". ככל הנראה הוא סובר שכל הכלולים ב'ארור' בפרשת ברכות וקללות עוברים על איסור לאו. וצריך עיון בזה, דאטו ב'ארור אשר לא יקים את דברי התורה הזאת וכו' גלום איסור לאו. עיין בפרושי הרמב"ן על אתר, ועיין שבועות לו ע"א ואכמ"ל.

אבל לענין כרת מודה רבי עקיבא דכי מיעטה קרא משריפה - כרת יידה כדקיימא קיימא (הל' עריות, נה ע"ב במהדרות טרויב).

ובעקבותיו כתב הרמב"ם:

בא עליהן לאחר מיתת אשתו, הרי אלו בכרת ואין בהן מיתת בית דין. שני' באש ישרפו אותה ואתה', בזמן ששתייהן קיימות - שהן אשתו וזו שבא עליה, הרי הוא והערוה נשרפין. ובזמן שאין שתייהן קיימות - אין שם שריפה (הל' איסורי ביאה פ"ב ה"ח).

מפורש אם כן, שאין כאן אלא פטור מעונש השריפה, אך יש כאן חיוב כרת על איסור ערוה. כך גם נקטו התוספות (צד ע"ב ד"ה "מאיסורא").

הרחיב את הדיבור בנידון, ה"ד רמה' לסנהדרין על אתר (ד"ה "תנו רבנן") ונטה להכריע שיש כאן לאו וכרת, שכן ניתן לפצל את הפסוק - "ואיש אשר יקח את אשה ואת אמה זמה היא, באש ישרפו אותו ואתהן ולא תהיה זמה בתוככם" (ויקרא כ', יד) - ולפרש שעצם שם זמה קובע דין ערוה ומחייב כרת, ולגביו אין צורך ב"אותו ואתהן".

בביאור העניין נראה, שבאיסור קרובות האישה נאמרו שתי הלכות. ישנו איסור אחד לבעול את האישה המזוהה אישית כאחות אשתו, בת אשתו או חמותו. וישנו איסור שני בלקיחת הצמד כאחד. כך הבין הרמב"ם אליבא דרבי עקיבא, שלגבי כרת חל שם ערוה על בת אשתו או על חמותו כשלעצמה, גם אם אין כאן לקיחה משותפת. ואילו לגבי שריפה, החיוב הוא דווקא אם לקח שתייהן כאחת.

נראה ברור שאיסור הלקיחה בחיי אשתו איננו תנאי צדדי. אלא מדובר בהתוויית רמה אחרת של מעשה העבירה, לפיה אם בא על השנייה כשהוא נשוי לראשונה - מתווסף נדבך של חומרה למעשה הביאה.

נפקא מינה מהבנה זו, נקבל במקרה שבא על חמותו לאחר שגירש את אשתו. לפי הבנתנו, ברור שכי האי גוונא יהיו פטורים משריפה. אך אם לא נראה כאן דרישה חיצונית, שתהיינה שתייהן קיימות, ייתכן שיתחייבו.

נפקא מינה נוספת נקבל לגבי היקף החילוק. אם בפטור עונשין מפאת גזירת הכתוב צרופה עסקינן, ייתכן שהוא מוגבל לחמותו, ואולי אפילו בת אשתו אינה כלולה באותה גזירת הכתוב. אך אם בקביעת רף העבירה מדובר, סביר להניח שהוא נוגע לכל העריות הנוצרות על ידי קירבת האישה. בנקודה זו נחלקו הראשונים. ברמב"ם מפורש שדרישת שתייהן קיימת באם ובתה ובת בתה, בין למעלה ובין למטה. כלומר, הן בנשוי לאם והן בנשוי לבת. אך הרמב"ן וסיעתו (צט ע"ב) חלקו עליו וצמצמו את הדרישה לחמותו. ייתכן שנחלקו בהסבר הדרישה העקרונית, אם כי ניתן לדחוק שאף אם ההיקף מצטמצם לחמותו, תוכן הדרישה נוגע למעשה העבירה ולא לעונש גרידא.

על דרך הרמב"ם, ניתן להרחיב את דרישת שתייהן, מאם ובתה - לאחות אישה. איברא שבכל הנוגע לכרת, אין לכך זיקה לאחות אישה. לאחר מיתה - הרי היא מותרת לחלוטין, ואף לאחר גירושין - אין ממה לפוטרה, שהרי אף בלוקח שתי אחיות כאחת - אין אלא

חיוב כרת, וחיוב זה הרי קיים אף כשנפרדה החבילה. אף על פי כן, ברמה העקרונית, ניתן לבחון אפשרות שמדובר בשתי רמות של איסור אחות אישה, אף אם זה לא מתבטא במישור העונש.

עוד נראה לחדש, שלגבי רמת העבירה ניתן לחלק בין קידושין ונישואין. על דרך הרמב"ם ניתן להציע, שבקידושין חלים איסורי ערווה, שכן האם הבת והאחות כבר מוגדרות אישית כקרובות אשתו, ולכן יש בהן לאו וכרת. לעומת זאת, אין לראות בקידושי הראשונה וביאת השנייה לקיחה משותפת, שכן אין קניין בשנייה ואין 'שאר' בראשונה, ורק לאחר הנישואין מתבצעת לקיחה משותפת. אם כנים דברינו, נקבל נפקא מינה בבא על חמותו בין קידושין לנישואין: הבוטל יעבור על לאו ויתחייב כרת, אך הם לא יתחייבו שריפה.<sup>7</sup>

השתא דאתינן להכי, ניתן ליישב את קושיית הרשב"א דלעיל, בתוספת הנחה אחת. כזכור, התייחסנו לשאלת הפקעת זיקה על ידי קידושין ונישואין, וראינו שיש הסוברים, שברמה העקרונית, שניהם מפקיעים או ששניהם אינם מפקיעים. ויש גם דעה ברמב"ן, שנישואין מפקיעים אך לא קידושין מפאת עוצמת אישות הנישואין. הרשב"א הקשה על כך - מדוע לא תספיק רמת האישות של קידושין, שמדאורייתא היא אישות גמורה, להפקיע זיקה? ומתוך כך הסיק הרשב"א, שהחילוק אינו אלא דרבנן.

לאור דברינו, נראה כמין חומר שיש כאן חילוק מדאורייתא, וזאת מתוך התייחסות לרמת הקרבה לצד רמת האישות. כאשר ישנה התנגשות בין זיקה לבין ליקוחין מאוחרים יותר, לא הרי קידושין כנישואין. זיקה, בהיותה אישות חלקית, איננה מופקעת על ידי זהות היבמה כאחות אשת היבם. מאידך, אין היא מונעת את חלות הקידושין, שעוצמת ואיכות האישות שבהם חזקה יותר.<sup>8</sup> ברם, בנישואין קיים מימד נוסף שחוסם לקיחה משותפת של אישה ואחותה לצרור. מחד, ישנה החרפה ברמת האיסור, במקביל לאיסור חמותו מחיים (אם כי כפי שצוין אין נפקא מינה לגבי העונש), וגם הפקעה של כל אפשרות של אישות לצמד אחיות. כיוון שאין שתיהן יכולות מצד החלות לדור בכפיפה אחת, ברור שהיבמה בעלת האישות הרדודה היא שנפלטת. אי לכך, סובר ר' יהודה בן בתירא ששומרת יבם שקידש אחד האחים את אחותה - זיקתה למקדש עומדת בעינה. ועם זאת דייקו הראשונים, שאם נשא אחד האחים את אחותה מותרת היבמה לשוק בלא ייבום ובלא חליצה, וכמו שנתבאר.

7 ברמב"ם לא משמע כך שהרי כרך את חלות האיסור ואין עונש השריפה בקידושין. אך לסוברים כמותו - הבה"ג, התוספות, ודעה אחת ברמ"ך - בהחלט ניתן להסיק מסקנה זאת.

8 דוגמא לדבר, שאישות יותר שלימה חלה על גבי אישות נחותה, מצאנו ב"קידושי מאה תופסים בה כי שרגא דליבני" לרבי יוחנן (קידושין ס ע"א) אך שם מדובר בעיית 'איתתא לבי תרי לא חזיא' וערוות אשת איש, ואילו כאן בערוות קרבה; ולגבי משמעות עוצמה יתירה שבאישות השניה אולי ניתן לחלק.