

## קניין והקדש בקידושין

### א. מבוא

בתחילת מסכת קידושין (ב, ב) הגמרא עומדת על הבדל הלשוניות בין משנה א' בפרק א' - "האישה נקנית" לבין משנה א' בפרק ב' - "האיש מקדש". שני הביטויים מגיעים משני עולמות שונים - הראשון מגיע מעולם הקניינים והבעלות, והשני מגיע מעולם ההקדש.

ההתמודדות הראשונית והחשובה ביותר במסכת קידושין היא להבין באיזו מערכת נמצאת מערכת הקידושין. האם היא חלק ממערכות מוכרות כדוגמת מערכת ההקדש או הקניין, או שמא מדובר במערכת חדשה שיצרה התורה, שהיא רק דומה לשתי המערכות הנ"ל, אך היא מערכת עצמאית לחלוטין. ועוד, אם נאמר שקידושין הם קניין אזי האיש קונה את האישה, אך אם הקידושין הם הקדש - האם אדם יכול להקדיש דבר שלא שלו?

במאמר שלפניכם נשתדל לברר ממה מורכבת המערכת, וננסה לעמוד על תפקידם של האיש והאישה ביצירת חלות הקידושין.

### ב. דעת בקידושין

#### הסתירה ברש"י

הגמרא בתחילת המסכת עמדה על סתירת לשונות המשניות בין פרק א' לפרק ב':

מאי שנא הכא דתני האשה נקנית ומ"ש התם דתני האיש מקדש? ... מעיקרא תני לישנא דאורייתא, ולבסוף תני לישנא דרבנן... וניתני האיש קונה ומקנה!... ואב"א: אי תנא קונה, ה"א אפילו בע"כ, תנא האשה נקנית, דמדעתה אין, שלא מדעתה לא.

(גמרא קידושין ב, א-ב)

מסבירה הגמרא, שאם היינו מתנסחים בצורה של "האיש קונה" היינו חושבים שניתן לקדש אישה בעל כורחה, ולכן נכתב האישה נקנית - ללמד שיש צורך בדעת האישה לקידושין. יש להבין מה היא אותה הדעת הנצרכת.

רש"י בסוגיית קידושי קטנה וקידושי נערה (קידושין מד, א ד"ה קידושין) מסביר שנערה מתקדשת רק לדעתה בגלל ש"בעינן דעת מקנה", דהיינו כדי לקיים קניין חייב שהמוכר ירצה בכך, ולכן גם בקידושין צריך גמירות דעת להקנות. ברם, רש"י בסוגיית מאמר ביבמה (יבמות יט, ב ד"ה קדושין) מסביר שלדעת רבנן מאמר ביבמה צריך להיות רק מדעת היבמה כמו שקידושין בעלמא צריכים להיות מדעתה בגלל "והלכה והייתה לאיש אחר - מדעתה משמע". מפירושו הראשון של רש"י עולה כי הצורך בדעת האישה הוא חלק מדיני קניין הרגילים - כמו שבמקח וממכר לא ניתן לבצע קניין מבלי שבעלי החפץ רוצה להקנות את החפץ לקונה, כך גם בקידושין לא ניתן לקדש את האישה בלי שהיא תרצה 'למכור' את עצמה. לעומת זאת, מפירושו השני של רש"י עולה כי דין דעת האישה הוא דין עצמאי בקידושין, שלא קשור לדיני מקח וממכר, שכן לומדים אותו מפסוק מיוחד "והלכה והייתה". יש להבין את היחס בין דברי רש"י הללו.

### כוונה ודעת

לצורך הבנת הדברים, יש להקדים כי לכל מעשה שאדם עושה צריכה להתלוות כוונה בזמן העשייה, והיא זו שמגדירה את המעשה. הגמרא במקומות רבים דנה האם מצוות צריכות כוונה. המשנה בראש השנה (ד, ח) אומרת ש'המתעסק' בשופר, כלומר אדם שנושף לתוך השופר בלי כוונה להוציא ממנו קולות אך לבסוף יצאו קולות - לא יצא ידי חובת תקיעת שופר. דין זה מוסכם גם למי שסובר שמצוות לא צריכות כוונה. צריך ביאור מה ההבדל בין חסרון כוונה ב'מתעסק', שבו לדעת כולם אינו יצא, לבין חסרון הכוונה הדרוש למי שסובר 'מצוות צריכות כוונה', שבו נחלקו האמוראים האם יצא ידי חובה או לא.

יש להסביר, שישנם סוגים שונים של כוונה: ישנה כוונה שמגדירה את המעשה (לקמן 'כוונה'), וישנה כוונה שיוצקת את המהות לתוך המעשה (לקמן 'דעת'). כאשר אדם נושף לתוך השופר כדי להוציא מטבע שתקוע בתוכו, אין לו אפילו כוונה לבצע מעשה של תקיעה בשופר, אלא רצונו להוציא את המטבע ע"כ שנושף. במעשה זה חסרה כוונה שתגדיר את המעשה כמעשה 'תקיעה'. ברם, אדם שתוקע בשופר כדי להתאמן על התקיעות אך אין לו דעת לתקוע לשם 'מצוות שופר', נחשב כאדם שתוקע בשופר, אך חסרה לו דעת שתיצוק לתוך המעשה את המהות של 'תקיעת מצווה'. הגדרת 'תקיעה' היא הגדרה של מעשה, בעוד הגדרת 'תקיעת מצווה' היא הגדרה של מעשה תקיעה ביחד עם דעת שנותנת מהות של מצווה למעשה.<sup>1</sup>

1 החילוק הנ"ל מופיע בחידושי ר' חיים ייבום וחליצה ד, טז, וההסבר שיבואר לקמן בנוי על המהלך שעושה ר' חיים בהלכות ייבום וחליצה.

דוגמה נוספת שמחדדת את ההבדל נמצאת בדין ייבום. המשנה (יבמות ו, א) קובעת כי אדם לא צריך להתכוון לבוא על יבמתו כדי לקנות אותה ו"הבא על יבמתו בין בשוגג בין במזיד בין באונס בין ברצון - קנה". כלומר אפילו אם אדם לא ידע שבא על יבמתו, וחשב שבא על אשתו והתברר שהייתה יבמתו - קנה אותה. ברם, הגמרא (ב"ק כז, א) קובעת כי אדם ש"נפל מראש הגג ונתקע באשה - לא קנה". כדי לקנות יבמה צריך רק לעשות מעשה 'ביאה' ואין צורך בדעת שתיצור חלות של ייבום שתהפוך את המעשה ל'ביאת ייבום', ולכן כל מעשה שמוגדר כמעשה ביאה קונה את היבמה. כאשר אדם נופל מהגג ובמקרה ננעץ ביבמתו הוא לא מוגדר כאדם שעשה מעשה של ביאה, ולכן לא קנה.

### חלות מכח האדם וחלות מכח המעשה

המילה 'חלות' מתארת את היווצרותו ותחילת קיומו של דין או של סטטוס, משפטי או הלכתי. כל מעשה שמחיל חלות חייב שתתלווה אליו גם דעת, וכוונה בלבד לא תספיק. דא עקא, בעוד שבקידושין נדרשת דעת, בייבום נצרכת רק כוונה למעשה ביאה כמו שראינו לעיל. וצריך לבאר - מה ההבדל ביניהם?

נראה להסביר שהדבר נעוץ בשני סוגים של חלויות. במעשים שבהם נוצרת חלות, ישנם שני כוחות שיכולים להחיל את החלות: חלות מכוח האדם - אדם פועל מרצונו ומחיל את החלות, וחלות מכוח המעשה - המעשה עצמו ללא דעת האדם יוצר את החלות. בשני סוגי החלויות יש צורך שיקרה מעשה במציאות כדי שהחלות תחול. ברם, בעוד בחלות מכח המעשה, המעשה עצמו הוא שיוצר את החלות, בחלות מכח האדם המעשה רק מוכיח את רצונו וגמירות דעתו של האדם, אך מה שמשנה את דין הדבר הוא התודעה של האדם.<sup>2</sup>

לדוגמה: כאשר אדם מת, אשתו באותו רגע הופכת להיות אלמנה, והדינים המשפטיים וההלכתיים שלה משתנים מדינים של אשת איש לדינים של אלמנה, על כל המשתמע מכך. גם אם הבעל נהרג על ידי אדם - לא הרוצח הוא שהחיל את דיני האלמנה על האישה, אלא המוות הוא שהחיל, ולכן חלות אלמנה תחול גם אם הבעל מת מוות טבעי. זו חלות הבאה מכח המעשה.

לעומת זאת כאשר אדם קונה חפץ מחברו, מה שהופך את החפץ להיות של הקונה הוא התודעה והרצון להעביר את הבעלות מהמוכר לקונה. מעשה ההגבהה רק מוכיח ששניהם גמרו בדעתם שכך רצונם לעשות. מה שהחיל את החלות הוא הכוח המחשבתי

2 האריך להסביר על ההבדלים בין החלויות בקובץ הערות (סימן עו).

של האדם לייחס לחפץ 'בעלות', והרצון המבורר של הקונה והמוכר להעביר את המושג המופשט 'בעלות' ביניהם. זו חלות הבאה מכח האדם.

הגמרא (יבמות לט, א) קובעת כי היבם לא חייב בכתובת יבמתו, ונכסיו אינם משועבדים לכך מכיוון ש"אשה הקנו לו מן השמיים". לאור העובדה שהמשנה קובעת שיבם קונה יבמתו גם בלי דעת, ואפילו באונס, נראה להסביר (וכך כתב בקובץ הערות סימן עו) שכוונת הגמרא ב"אשה הקנו לו מן השמיים" היא שהדעת הנדרשת כדי ליצור חלות קידושין אינה נצרכת בייבום משום שהתורה כבר קבעה בשביל האיש שיבמתו קנויה לו. פירושו של דבר הוא שהרצון ויכולת הבחירה של היבם את מי לקדש נלקחה ממנו, והתורה כבר הקנתה לו את היבמה. אם ירצה היבם שלא לחיות עם יבמתו עליו לחלוץ לה, ובמידה מסוימת 'לגרש' אותה ולבטל את הזיקה שכבר חלה מהשמיים.<sup>3</sup>

אם נאמר כך, הרי שאנו צריכים לשאול - מהו משמעות מעשה הביאה הנדרש מהיבם? הרי היבמה כבר קנויה לו, ואין צורך בדעתו ובדעתה כדי שהקניין יחול, אז מדוע נדרש היבם לבוא על יבמתו?

מסביר ר' חיים מברסק (ייבום וחליצה ד, טז) שלמרות שייבום הוא מעשה קניין, וכל מעשי הקניינים הם חלויות הבאות מכח האדם, ייבום הוא חלות מכח המעשה. מאחר שה'דעת' כבר נתונה מהשמיים, המעשה גופא הוא שמחיל את חלות הייבום על האישה. עד מעשה הביאה האישה רק בעלת 'זיקה' אך ממעשה הביאה והלאה האישה קנויה והופכת להיות אשת היבם. בגלל זה אדם שננעץ ביבמתו לא קנה, שהרי לא הייתה לו אפילו כוונה למעשה ביאה, ולכן לא עשה את המעשה שדרוש כדי להחיל את חלות הייבום. אך אם בא על יבמתו בטעות - קנה, שאין צורך בדעת לייבום אלא רק בכוונה לביאה, והרי כאן המעשה מוגדר כמעשה ביאה, והמעשה יצר את חלות הייבום.

### מאמר - כעין קידושין או כעין ייבום?

תקנו חכמים שיקדש אדם את יבמתו לפני שמיבם אותה, וקידושין אלו נקראים 'מאמר'. הגמרא (יבמות יט, ב) מביאה מחלוקת בין חכמים לרבי האם אדם שעשה מאמר ביבמתו בעל כרחו קנה או לא - דעת רבי שקנה ודעת חכמים שלא. הגמרא ממשיכה ומסבירה שנחלקו התנאים בשאלה מהיכן ללמוד את דיני מאמר: רבי למד מאמר מייבום, ולכן כמו שייבום קונה אפילו בעל כרחו (עיין לעיל) כך גם מאמר קונה בעל

3 המושג 'זיקה' נידון לאורך כל מסכת יבמות, והוא אחד מהדיונים הארוכים בגמרות, בראשונים ובאחרונים. הצגנו דעה אחת, שהיא לענ"ד הפשוטה ביותר, ואכמ"ל בנושא זה. עיין גם בחידושו של ר' איצ'לה מפוניבז' (חידושי הגר"ד קידושין ס, א), שכינה זיקה כ'קניין קל'.

כרחה. חכמים למדו מאמר מקידושין, ולכן כמו שקידושין דורשים את דעתה כך גם מאמר דורש את דעתה.

יש להבין מדוע חכמים דורשים את דעת האישה, שהרי ראינו שבייבום אין צורך בדעת מקנה בגלל ש"אשה הקנו לו מן השמים", ואדם שבא על יבמתו בלי דעת קנה. במילים אחרות: לפי מערכת הקניינים הרגילים שבהם יש צורך בדעת מקנה, כבר אין צורך בדעת האישה כי הקנו את דעתה מהשמיים, ואם כן איזה סוג של דעת דורשים חכמים מהאישה? מסביר ר' שמואל רוזובסקי (שיעורי ר' שמואל קידושין ב, ב, אות כג) שבקידושין יש דין נוסף על מערכת הקניינים הרגילה שבהם צריכים דעת מקנה, אלא שצריך דעת גם על עצם מעשה הקידושין, ואת זה למדו חכמים בדרשה מיוחדת מהפסוק "והייתה לאיש אחר - מדעתה".

לפי דברים אלו, מבאר ר' שמואל את הסתירה בדברי רש"י, אותה הצגנו לעיל. ראינו כי כאשר רש"י פירש שבקידושי נערה צריך את דעתה, פירש זאת על פי הדין הרגיל שצריך דעת מקנה, שזהו הדין הבסיסי בכל הלכות קניינים. ובסוגיית מאמר, כשפירש את הצורך בדעת בקידושין ממנה למדה הגמרא לקידושי מאמר, פירש על פי הדין המיוחד שקשור רק למערכת הקידושין בהם יש צורך בדעת האישה, לאור זאת שאין צורך בדעת מקנה של האישה למאמר.

## ג. תליוהו וזבין

### רצון והתרצות

נאמר בגמרא:

תליוהו וזבין - זביניה זביני. מ"ט? כל דמזבין איניש, אי לאו דאניס לא הוה מזבין, ואפילו הכי זביניה זביני.

(בבא בתרא מז, ב)

הגמרא מסבירה שכאשר כופים אדם למכור הקניין חל מאחר שהאדם גומר בדעתו להקנות כדי להפסיק את הייסורים.<sup>4</sup> אמנם מדובר במקרה שהאדם לא היה בוחר מעצמו

4 הרצון שייפסקו הייסורים לא מספיק כדי שחלויות יחולו, ולכן צריך שהאדם גם יתרצה ממשוהו שיוצא לו בתמורה. בנידון דנן מקבל כסף בתמורה ולכן מתרצה כנ"ל. גם יסוד הכפייה בגירושינו בנוי על כך שרצונו האמיתי של האדם לשמוע לקול חכמים, רק שיצרו הרע תוקפו שלא לגרש, ולכן בכך שמסכים לגרש מקבל שמקיים את מצוות 'לא תסור', ועיין רמב"ם גירושין ב, כ וכן מעשה הקורבנות יד, טז-יז, ואכמ"ל. ולכאורה היה ניתן להגיד שגם כאן

למכור, וברור שאין לו רצון אמיתי לכך, אבל מכיוון שהוא מקבל את הכסף תמורה אז הוא מתרצה למכור, ולכן זה מועיל. האחרונים קראו לסוג הרצון הגרוע הזה 'התרצות'. שואלת הגמרא מניין לנו שהתרצות מספיקה בקניינים, ואין צורך ברצון מעולה (לקמן 'רצון')? ועונה שבכל דבר שאדם מוכר הוא לא מעוניין למכור, אלא שהצורך שלו בכסף דחק בו והכריח אותו למכור, ולכן ביסודו של כל מכר שאדם מוכר ישנה רק התרצות ולא רצון, ולכן התרצות מועילה במקח וממכר.

הגמרא ממשיכה ושואלת האם קידושין בכפייה חלים:

אמר אמימר: תליוה וקדיש - קדושיו קדושין. מר בר רב אשי אמר: באשה ודאי קדושין לא הוו, הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו עמו שלא כהוגן ואפקעינהו רבנן לקידושיה מיניה.

(שם מח, ב)

בעל העיטור (אות מ' - מודעא) הבין כי דין 'תליוהו וזבין' נכון רק כאשר אונסים את המוכר ולא כאשר אונסים את הקונה. הסיבה לכך היא שהמוכר מתרצה רק בעקבות קבלת הכסף, דבר שלא קיים אצל הקונה. אמנם הקונה מקבל את החפץ הנקנה, אך אין לו בו רצון כלל ולכן אין זה מועיל להתרצותו. אי לכך, אי אפשר לפרש שהסוגיה מדברת שאנסו את האיש לקדש כי הוא נחשב כקונה, וקניין באונס לא מועיל. לכן מפרש העיטור, שהגמרא מדברת כשאנסו את האישה להתקדש (שהיא נחשבת המוכרת), ולדעת אמימר מקודשת ולדעת מר בר רב אשי אינה מקודשת.

עולה מדבריו כי גם מר בר רב אשי מסכים באופן עקרוני לאמימר שעל פי דיני קניינים הרגילים אישה שאנסו אותה להתקדש מקודשת, שהרי "תליוהו וזבין - זביניה זביני". ברם נחלקו האמוראים האם רבנן הפקיעו במקרה כזה את הקידושין או לא - מר בר רב אשי סבר שהפקיעו את הקידושין, שהרי "הוא עשה שלא כהוגן [= אנס אותה להתקדש] לפיכך עשו עמו שלא כהוגן ואפקעינהו רבנן לקידושיה מיניה", ואמימר סבר שלא הפקיעו.

לפי האמור, מערכת הקידושין היא חלק ממערכת הקניינים, ופועלת בדיוק כמוה. ולכן כמו שדי בהתרצות הקונה בשביל שהקניין יחול, כך די בהתרצות האישה כדי שהקידושין יחולו. דא עקא, שחכמים התערבו ובמקרה ייחודי ונקודתי הפקיעו את הקידושין.

מקיים מצוות 'קידושין', אך האם ישנה מצווה כזו היא מחלוקת ראשונים, וגם לדעת הרמב"ם היא מצוות 'מתיר' ואכמ"ל.

הקושי בהסבר זה הוא הסתירה לגמרא בקידושין שראינו לעיל. ראינו שבגמרא נאמר שאישה נקנית "מדעתה אין, שלא מדעתה לא". שזה, לכאורה, כדעת מר בר רב אשי. לפי דברי העיטור, לשיטת מר בר רב אשי האישה אינה מקודשת לא משום שאין לה דעת, אלא משום שהפקיעו קידושין אלו. מלבד זאת, ישנו קושי להגיד שהתרצות מספיקה כדי ליצור קידושין. הרי ראינו שהסיבה שהתרצות מספיקה במקרה וממכר היא בגלל שבכל עסקה שנעשית טמון גם פן של כפייה - שהמחסור בכסף דחק באדם למכור. בקידושין הסברה היא להיפך - אישה בדרך כלל רוצה וחפצה להינשא. חז"ל כבר זיהו את הרצון של אישה להקים בית עד שקבעו את הכלל ההלכתי "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו" (יבמות ק"ה, ב ועוד). אם כן בנישואי אישה אין את מימד הדוחק שמאפיין את עולם המקח וממכר, ולכן לא נראה סביר שהתרצות תספיק כדי ליצור קידושין.

הסמ"ג (עשין מח) בתחילת דבריו מקדים להסביר שישנו דין מיוחד בקידושין שצריך את רצון האישה להתקדש, ואותו למדים מהפסוק "והלכה והייתה - מדעתה משמע". מכך מסיק הסמ"ג שהאמוראים לא חלקו במקרה בו אונסים את האישה, כי אין הו"א שאם אנסו אותה תהיה מקודשת. אלא שחלקו במקרה בו אנסו את האיש לקדש את האישה האם הקידושין חלים או שהפקיעו רבנן את הקידושין. לדבריו אין הבדל עקרוני בין 'תליוהו וזבין' ו'תליוהו וקני' ובשניהם מספיקה התרצות המוכר או הקונה כדי שהקניין יחול. אלא שישנו הבדל עקרוני בין דיני קניינים לדיני קידושין - בעוד שבמכירה בכפייה המכר חל, בקידושין, אישה שאנסו אותה להתקדש אינה מקודשת, וכפי שיבואר להלן באריכות בדברי הרמב"ם.

הבדל עקרוני זה מתכתב עם השינוי בהסבר רש"י כמו שהסברנו לעיל: בכל קידושין ישנו הדין הרגיל של דיני הקניינים "דבעינן דעת מקנה" - דהיינו הצורך בהתרצות המוכר כדי שהקניין יחול. ברם בקידושין ישנו דין נוסף שהתרצות המוכר (האישה) אינה מספיקה, ונדרש הרצון של האישה כדי שתתקדש.

הקושי בהסבר זה הוא לשון הגמרא בכבא בתרא. הגמרא בפירוש אומרת "הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו עמו שלא כהוגן" - בנידון דנן האיש היה זה שאנסו אותו ולפי זה לא מובן מה הוא עשה שלא כהוגן.

שיטה שונה וייחודית מצאנו בראשונים והיא שיטת הרמב"ם, דרכה ננסה לבאר את הקושיות שהעלנו עד כה בשאר שיטות הראשונים.

## שיטת הרמב"ם

### הרמב"ם פוסק:

אין האשה מתקדשת אלא לרצונה, והמקדש אשה בעל כרחה אינה מקודשת, אבל האיש שאנסוהו עד שקידש בעל כרחו הרי זו מקודשת.

(רמב"ם אישות ד, א)

עד כה ראינו אחת משתי אפשרויות: או שהסוגיה בבבא בתרא מדברת על אונס האיש ולפי כללי הפסיקה הלכה כמר בר אשי שאינה מקודשת, או שהסוגיה מדברת על אונס האישה ואינה מקודשת, והוא הדין גם לאונס האיש. בדעת הרמב"ם אנו רואים אפשרות שלישית - כשאונסים את האישה אינה מקודשת וכשאונסים את האיש מקודשת.

ניתן להסביר שהרמב"ם הבין את הסוגיה כמו הסמ"ג שמדובר שאנסו את האיש, ופוסקים כאמימר שמקודשת, אך דבר זה קשה כי לפי כללי הפסיקה בדרך כלל פוסקים כמר בר רב אשי.<sup>5</sup>

המגיד משנה (שם) הבין שהרמב"ם למד את הסוגיה כעיטור, שמדובר שאנסו את האישה, ופוסקים על פי כללי הפסיקה הרגילים כמר בר רב אשי שמפקיעים את הקידושין. ברם, חולק הרמב"ם על העיטור באונס האיש, וסובר שאם אנסו את האישה לקדש האישה מקודשת, שהרי הסיבה שאינה מקודשת כשאנסו את האישה היא שחכמים הפקיעו את הקידושין כי זה מעשה מכווער. כשאנסו את האיש הוא יכול תמיד לגרש אותה, ולכן לא הפקיעו רבנן את הקידושין. דא עקא, שגם הסבר זה קשה שהרי הרמב"ם לא ציין שהסיבה שאינה מקודשת היא 'אפקעינהו' אלא כתב סתם 'אינה מקודשת' שכוונתו אינה מקודשת גם מדאורייתא.<sup>6</sup>

יתר על כן נוסח ההלכה דורש ביאור. הרמב"ם מתנסח אצלנו "אין האשה מתקדשת אלא לרצונה, והמקדש אשה בעל כרחה אינה מקודשת" לכאורה עולה כפילות בדבריו - למה אחרי שכתב שהאישה מתקדשת לרצונה, הוצרך לכתוב שאם כפו אותה היא לא מקודשת? מעניין שגם כאשר הרמב"ם מגדיר מי נחשבת אשת איש כדי לחייב אם זנתה (אישות א, ד) הוא כופל דבריו וכותב "וכיון שנקנית האשה, ונעשית מקודשת". האין מדובר בשני תיאורים לאותו המעשה? אם כן, מדוע כפל דבריו?

5 עיין רש"י חולין עב, ב ד"ה הסרבל, וכן סדר תנאים ואמוראים חלק ב, לח.

6 בנוסף, לא מצינו בכל משנה תורה שהרמב"ם מציין שקיימת דרך להפקיע קידושין, ועיין ספר 'יד פשוטה' (לגרנ"א רבינוביץ' זצ"ל) על אתר, וכן גירושין ט, ח שמעיר על כך.



אם נשווה זאת להלכות קניינים (מכירה י, א) נראה ששם הרמב"ם לא כופל דבריו, אלא כותב "מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אפילו תלוהו עד שמכר, ממכרו ממכר". נמצא איפוא, שאי אפשר להגיד שהרמב"ם פסק כאמימר כי זה נגד כללי הפסיקה, ואי אפשר להגיד שפסק כמר בר רב אשי כי לא הוזכר בהלכה דין 'אפקעינהו'. בנוסף הניסוח של הרמב"ם בדיני אישות שונה מהניסוח בדיני מכירה, ומעיד על כפילות מסוימת שקיימת בקניין הקידושין. אם כן איך למד הרמב"ם את הסוגיות?

לעיל הסברנו שעולה מפירוש רש"י שרצון האישה בקידושין מתחלק לשני דינים השונים במהותם - ישנו הדין הרגיל של הלכות קניינים שבעינן דעת מקנה, וישנו דין מיוחד בקידושין שאותו למדים מהפסוק "והלכה והייתה - מדעתה משמע". ראינו שבדיני הקניינים הרגילים צריך שלמוכר ולקונה תהיה דעת והסכמה על הקניין, אך צריך שלקונה יהיה רצון, ואילו למוכר מספיקה התרצות, ולכן "תלוהו וזבין זבינה זביני". הרמב"ם בעצמו מבהיר את החילוק בין רצון להתרצות בחלויות קנייניות, ובעוד מכר בכפייה חל כי "מפני אונסו גמר ומקנה" (שם), במתנה או מחילה צריך שהאדם ירצה רצון חיובי ואונס לא עובד "שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנה המקבל מתנה" (שם, ג).

על דרך זו מסביר האבן ישראל שמדובר במחלוקת סוגיות:

והנראה... דפליגי בזה הסוגיא דקדושין והסוגיא דב"ב, דסוגיא דקדושין ס"ל דמה דבעינן רצון האשה בקדושין הוא מצד ילפותא דקרא דוהיתה מדעתה משמע, ולהכי ס"ל לגמרא דקדושין דקדושי אשה בע"כ מדאורייתא לא מהני, ולא מהני לן כלל סברא דאגב אונסא גמר ומקני דמהני בכל מכירה בע"כ, דהכא שאני דבעינן רצון מתוך רצון ולא מהני לן כלל רצון מתוך אונס, משא"כ סוגיא דב"ב ס"ל דכל דין רצון דבעינן בקדושין הוא רק משום דבעינן דעת מקנה ככל מכירה, ולזה סגי לן גם רצון מתוך אונס דאמרינן אגב אונסא גמרה ומקניא נפשה.  
(אבן ישראל אישות ד, א)

הגמרא בבבא בתרא תפסה את מערכת הקידושין כחלק ממערכת הקניינים הרגילה, ולכן כאשר אונסים אישה להתקדש (=למכור) הקידושין תופסים כמו שבקניינים המכר חל. לעומת זאת, הגמרא בקידושין תפסה את מערכת הקידושין כמערכת עצמאית, שאמנם תוקנה על בסיס מערכת הקניינים, אך היא שונה ממנה לחלוטין. במערכת הקידושין התרצות האישה לא מספיקה, אלא צריך שלאישה יהיה רצון חיובי לקדש עצמה. מבין שתי הגמרות הרמב"ם פסק כסתמא דגמרא בקידושין, ולא כמו המחלוקת בבא בתרא.

הוכחה לכך נמצאת בפירוש המשניות על משנתנו (קידושין א, א), שם כותב הרמב"ם "ואמרו האישה נקנית ולא אמר האיש קונה, ללמדנו שאינה נקנית ונעשית אשת איש אלא ברצונה, אבל אם קדשה על כרחא אינה מקודשת". יוצא אפוא שאת דין 'תלויה וקדיש' למד הרמב"ם ממשנתנו, ולא מהסוגיה בבא בתרא. (ניתן להבחין שגם כאן מקפיד הרמב"ם על הכפילות - גם 'נקנית' וגם 'נעשית אשת איש', גם 'ברצונה' וגם 'על כרחא').

עד כה ראינו כי ישנם שני סוגים של כוונות: כוונה שמגדירה את המעשה, ודעת שקובעת את המהות של המעשה. בחלויות שבאות מכח המעשה יש צורך בכוונה בלבד כדי שהמעשה יוגדר כמעשה שמחיל חלות, ואילו בחלות שבאה מכח האדם חייבת להיות גם דעת כדי שתחיל את החלות. בתוך המושג דעת ראינו שישנן שתי דרגות של דעת: דעת שמגיעה מתוך התרצות, ודעת שמגיעה מתוך רצון חיובי. בקניינים שהם חלות הבאה מכח האדם צריך שלשני הצדדים תהיה דעת להחיל חלות, אך מהקונה דרוש רצון והמוכר צריך רק התרצות. בקידושין צריך שגם לאישה יהיה רצון לקידושין. כעת, יש לשאול - מדוע דרוש שלאישה יהיה רצון חיובי? הרי רצון נדרש רק מהאדם שמחיל את החלות (כמו שבקניין הרצון נדרש מן הקונה), אך בקידושין האיש הוא שמחיל את החלות.<sup>7</sup> יתר על כן לאישה אסור להיות שותפה ולו במעט במעשה החלת החלות כמו שהגמרא אומרת "כי יקח איש אישה - כתב רחמנא כי יקח ולא כי תקח", אם כן מדוע עולה בבירור כי יש דרישה יתירה לרצון האישה בקידושין?

## ד. קניין בקידושין

### שני חלקים בקידושין

את השאלה שהעלנו שואל ר' שמעון שקאפ, וזה לשונו:

צריך לבאר מה ענין זה שהאשה מחדשת ע"י הסכמתה, אם זה רק כרצון המצטרף וניחותא בעלמא, או הוא ענין הפועל ומחדש ענין חדש... דאם נימא דמצד האשה

7 וכך עולה מדברי הגמרא בסוגיית 'תלויה וזבין' כדלעיל שבקניינים הקונה הוא שמחיל את החלות. ברם, הדבר תלוי במחלוקת אחרונים האם הקונה / המקנה / אחד מהם מחילים את החלות (עיין אבן האזל שכנים ב, י, ודרכי משה שמעתתא ח', פרק ב' אות ג). ובקידושין בפשטות האיש הוא שמחיל את קניין הקידושין שהרי הוא זה שעושה את המעשה. את היסוד הנ"ל פיתח הר"ן (נדרים ל, א ד"ה ואשה) שהסביר שהאישה משווה עצמה כהפקר ובכך 'מסלקת את התנגדותה', והאיש הוא שמחיל את הקניין. דברינו בהמשך המאמר בנויים על היסוד הנ"ל שאת החלק הקנייני בקידושין האיש מחיל.

לא בעינן רק התרצות בעלמא... אי"צ ידיעה בפועל... אבל אם נימא דהאשה מחדשת ע"י רצונה איזה דבר חדש, בודאי בעינן מחשבה בפועל.

(שערי יושר ז, יב)

לאחר דברים אלו עונה ר' שמעון ומחדש שבניגוד למקח וממכר, קידושין חלים מכוח שני הצדדים, ודעת האישה אינה התרצות בלבד, אלא שגם האישה מוסיפה חלק בקניין משל עצמה, וביאור הדברים כדלהלן.

במערכת קניינים רגילה, קניין מתבצע כאשר המוכר מסכים לקניין, והקונה עושה את הפעולה לאחר שקיבל הסכמת המוכר. דהיינו, גמר הקניין קורה עם מעשה הקניין מצד הקונה. בקידושין האישה לא רק צריכה להסכים למעשה הקניין, אלא צריכה גם להקנות עצמה לאיש. זאת אומרת, מעשה הקניין לא מסתיים בהסכמת המוכר ומעשה הקניין מצד הקונה, אלא האיש קונה את האישה והאישה גם מסכימה וגם מייחדת עצמה לאיש. ניתן לסכם כי קידושין מורכבים משני חלקים שונים, חלק אחד שעושה האיש, וחלק אחר שעושה האישה.

על כן, כשהרמב"ם אומר שאישה "מתקדשת לרצונה" הוא מלמד אותנו שהאישה מקנה את עצמה לאיש (שהרי בקניין רגיל לא צריך רצון אלא הסכמה), ולכן כשכפו אותה, גם אם הסכימה, הקידושין לא חלים כי לא בוצע כאן קניין. וזהו הניסוח גם בהלכות אישות "וכיון שנקנית האשה" דהיינו שהאיש ביצע בה מעשה קניין, ו"נעשית מקודשת" דהיינו שהקנתה עצמה לאיש, רק אז "הרי היא אשת איש".

אלא שאם גם האיש וגם האישה מחילים חלק בקניין, מה ההבדל בין החלות שהאיש מחיל ש"האיש שאנסוהו עד שקידש בעל כרחו הרי זו מקודשת", והחלות שהאישה מחילה ש"המקדש אשה בעל כרחו אינה מקודשת"? במה שונים הקניינים של האיש והאישה?

יותר מזה צריך לשאול - הרי הערנו על כך שבקניינים צריך שלאדם שמחיל את הקניין יהיה רצון חיובי. והנה עולה שצריך את רצון האישה ואך ורק את התרצות האיש. אם כן, האם האישה היא זו שמחילה את קניין הקידושין? והרי כבר ביארנו שלמדו חכמים מהפסוק "כי יקח" שרק האיש צריך לעשות את מעשה הקידושין.

### עצם והסתעפות, קניין חיובי וקניין שלילי

הרב משה אביגדור עמיאל חוקר בספרו 'מידות לחקר ההלכה' את המושגים 'עצם' ו'הסתעפות' בכלל, ובחלויות בפרט. בניגוד למונחים 'סיבה' ו'מסובב' שמתארים שתי בריות נפרדות שאחת היא הגורם של השניה, ה'עצם' וה'הסתעפות' הם בריאה אחת שהגדרה שלה היא ה'עצם' וההשלכות של מציאות זו הם ה'הסתעפות'.

דוגמה לדבר: לידה, נשמה, חיים, תנועה. החיים המאפשרים תנועה נוצרים על ידי שני דברים - גוף ונשמה, כשהלידה היא הסיבה למסובב הגוף. החיים עצמם, המורכבים מגוף ונשמה, הם 'עצם' הדבר, ויכולת התנועה של היצור החי היא 'הסתעפות' של החיים.

בדומה לכך בכל חלות יש את עצם החלות ואת ההשלכה של 'עצם' החלות. לדוגמה קניין - 'עצם' החלות הוא הגדרת החפץ כשייך לאדם מסוים, וההשלכה לכך היא שהוא רשאי ליהנות מהחפץ, למכור אותו וכו'.

הבחנה נוספת היא, שניתן להסתכל על חלות קניין משתי זוויות שונות: מהפן החיובי - מה החלות יצרה אצל האדם המחיל, ומהפן השלילי - מה החלות מנעה מכל שאר האנשים. כאשר אדם קונה חפץ ישנו הצד החיובי, שהחפץ שייך לקונה, וישנו הצד השלילי, שהחפץ לא שייך לאף אחד אחר. כך גם בקידושין: כאשר איש קונה אישה לביאותיה - ישנו הצד החיובי שהבעל קונה את מעשי האישות של האישה, וישנו הצד השלילי שהקניין לא קנוי לשאר העולם.

נדרשת השאלה מה היחסים בין המונחים 'עצם' ו'הסתעפות' לבין הפן החיובי והפן השלילי. ניתן להגיד שהגדרת בעלות היא הגדרה חיובית בלבד, והצד השלילי הוא הסתעפות של הבעלות, וניתן להגיד שהגדרת הבעלות מכילה גם הגדרה חיובית וגם הגדרה שלילית ששניהם ביחד מרכיבים את עצם החלות.<sup>8</sup> וביאור הדברים כך: האם הגדרת בעלות היא 'החפץ קנוי לי' וממילא החפץ גם לא קנוי לאחרים, או שההגדרה היא 'החפץ קנוי לי וגם אינו קנוי לאחרים'. נפקא מינה לכך הנתונה במחלוקת ראשונים<sup>9</sup> היא במקרה בו הבעלים לא יכול לממש בפועל את ההשלכות של הקניין החיובי - האם הוא עדיין נחשב הבעלים של חפץ, או שהבעלות שלו פקעה.

דוגמה לכך היא כאשר אדם נודר שלא ליהנות מחפץ שלו: אם נאמר שהבעלות משמעה הגדרה חיובית שהשלכה שלה היא היכולת ליהנות מהחפץ - כאשר אדם לא יכול ליהנות מהחפץ פקעה בעלותו, שהרי לא יכול לממש את הקניין שלו בחפץ, והחפץ הופך להיות הפקר. אם נאמר שהגדרת הבעלות מורכבת גם מהפן החיובי וגם מהפן

8 לכאורה היה ניתן להציע אפשרות שלישית - ההגדרה היא הגדרה שלילית וההסתעפות שלה היא הצד החיובי, אך אי אפשר להחיל דבר שלילי בלבד, שהרי בכל הגדרה שלילית מונח גם הצד החיובי 'החפץ אינו קנוי לאף אחד בעולם חוץ ממני'.

9 המחלוקת האם ישנה בעלות על איסורי הנאה, שלדעת הרשב"א (שו"ת תשמו, וכן הובא בר"ן נדרים פה, א ד"ה ומהא) אינו בעלים יותר, והחפץ הפקר, ולדעת הריטב"א (סוכה לה, א ד"ה ושל) שנחשב בעלים. ועיין ב'פרי משה' (בענייני קניינים ב, ג) שדן באריכות בדבר.

השלילי - דהיינו מניעת השימוש מאחרים - אז גם אם הצד החיובי לא יכול להתממש, הבעלים עדיין יכול למנוע שימוש מאחרים, ולכן עדיין נחשב בעלים של החפץ.<sup>10</sup>

### קניין והקדש

ממשיך להסביר הרב עמיאל (המידות לחקר ההלכה ח, מ-מג) שגם אם 'עצם' החלות מורכבת משני הצדדים, 'עצם' חלות הקניין כמעט תמיד תתייחס רק אל הפן המשפטי של הבעלות, ואילו הפן האיסורי של הבעלות כמעט תמיד יהיה 'הסתעפות' של הצד המשפטי.<sup>11</sup> לכן, איסור גזל הוא רק השלכה של 'עצם' הבעלות.

אם נחזור לקידושין, נראה שלכל מעשה קידושין ישנם שני מרכיבים: קניין ואיסור. כבר הגמרא (קידושין ב, ב) עומדת על שני ההיבטים הללו, ומסבירה שלשון "האישה נקנית" היא לשון התורה שמדברת על קידושין בלשון קניין, ואילו לשון "האיש מקדש" היא לשון חכמים שמדברים על הקידושין בלשון הקדש. המתח אם קידושין הם קניין או הקדש מלווה את שאר המסכת בסוגיות נוספות, והיא אחת השאלות המרכזיות במסכת.

לפי האמור, נראה היה להסביר כי איסור 'אשת איש' גם הוא רק 'הסתעפות' של הקניין השלילי של הקידושין, ולא חלק מ'עצם' הקניין עצמו. שהרי, הצד החיובי של הקניין הוא שהאישה קנויה לאיש, והצד השלילי הוא שאינה קנויה לאף אחד אחר, ולכן ממילא נובע איסור שכל אדם אחר יבוא עליה. ברם, התוספות (קידושין ב, ב ד"ה דאסר) מסבירים שלשון 'הרי את מקודשת לי' יכולה להועיל רק בקידושין, כי רק בקידושין אפשר להחיל את החלות ע"י לשון שמבטאת איסור, אך "אם היה אומר טלית זו מקודשת לי אין נראה שיועיל, דגבי אשה במה שמתיחדת להיות היא נאסרת לכל, אבל ככר וטלית לא שייך לומר הכי". לאור זאת מסביר הרב עמיאל שאיסור אשת איש הוא לא השלכה של קניין הקידושין, אלא שבזה מיוחד קניין קידושין מקניין רגיל - בקניין קידושין האיסור הוא חלק מהותי ובלתי-נפרד מ'עצם' הקידושין.

10 ישנה גישה אחרת שקובעת כי המושג 'בעלות' הוא 'יש' מופשט שהאדם קונה, והנפקא מינות המעשיות הם השלכות של ה'יש', כך שגם אם לא יכול לממש בפועל לא את הקניין החיובי ולא הקניין השלילי עדיין 'הבעלות' שייכת לו. הדבר משולל הגיון לענ"ד, ולכן לא אדון בו.

11 ובניגוד לתפיסת ר' חיים שכל תורת המשפטים יוצאת מאיסורי התורה, תפיסת ר' שמעון ותלמידו הרב עמיאל שתורת המשפטים קודמת לחוקי התורה, ועיין 'המידות לחקר ההלכה' פרק יא' 'מציאות ודין'.

הוכחה לכך היא היכולת להרשות. אדם יכול להרשות לאדם אחר להשתמש בחפץ, וממילא לא חל איסור גזל על המשתמש. בקידושין הבעל לא יכול להרשות לאדם אחר לבוא על אישתו. ההבדל נעוץ, כמו שאמרנו, בשאלה האם האיסור הוא חלק מ'עצם' הקניין או 'הסתעפות' של 'עצם' הקניין. ובלשון הרב עמיה"ל:

דאף אם נתפוס כנ"ל דגם הצד החיובי וגם הצד השלילי בממון הם מעצם הבעלות, בכ"ז צדקו התוס' בחילוקם בריש קדושין, שרק בקדושין שייך הלשון הקדש משום דאסור לה אכולי עלמא כהקדש, אבל לא שייך זה בקניני ממון, משום דסוף סוף אינו דומה איסור לא תגזול להאיסורים שיש בקדשים ובאשת איש, כי האיסור לא תגזול אם כי זהו ג"כ חלק מהבעלות כנ"ל, אבל סוף סוף מקורו הוא לא בעצם הדבר, אלא בהבעלות שבדבר, ובשביל כך כשהבעלים נותנים רשות למי שהוא להשתמש בדבר אין שום איסור בזה, לא כן בהקדש שהאיסור הוא בעצם הדבר, וכן איסור אשת איש, כמובן.

(שם, מט)

נראה שכוונת הרב<sup>12</sup> שבקניינים האדם מחיל את הבעלות שלו על החפץ וממילא נובע איסור 'לא תגזול'. התורה אסרה על גזל בגלל שהגזלן פוגע 'בבעלות' הבעלים על החפץ - בגלל שהחפץ שייך לאדם מסוים ולא לשאר האנשים אסור לשאר האנשים להשתמש בו, ומי שמשתמש פוגע בבעלות של הקונה. אם הקונה מסכים להשתמש בחפץ, אין פגיעה בבעלות, שהרי השליטה נשארת בידיים של הבעלים. בקידושין האדם מחיל קניין על האישה ונד בבד האישה הופכת להיות 'מקודשת', דהיינו מובדלת אך ורק לבעלה. הקדושה וההבדלה חלים על האישה עצמה, ולכן לא יעזור שהבעל שעשה קניין אישות באישה ירשה לאדם אחר לבוא עליה, שהרי האיסור חל בגוף האישה עצמה. זאת אומרת, גם אם האדם ירשה לאחרים לבוא על אשתו, ולא תהיה פגיעה ב'בעלות', עם כל זאת מי שבא עליה עשה מעשה בדבר שנחשב ביחס אליו כקדוש ומובדל. ובמילים אחרות - איסור גזל הוא מצד ה'גברא' (הבעלים) ואיסור אשת איש הוא מצד ה'חפצא'<sup>13</sup> (האישה). וכך כתב הנצי"ב (העמק שאלה, שאילתא קסה, א) "והנה קידושי אשה הוי כקדושת הגוף... ולמדין זה מדכתיב בסוטה 'ומעלה בו מעל' אלמא דמה שהיא נהנית מאיש אחר ה"ז מעילה כמו הנהנה מן ההקדש".

12 ועיין בהערות המהדיר בהוצאת 'מוסד הרב קוק' שהסביר כנ"ל.

13 כמו בהקדש גופא, שהחפץ עצמו קדוש לה'. ובקידושין האישה היא גם הבעלים שעושה את מעשה ההקדש, וגם החפץ עצמו שהופך להיות חפץ 'הקדש'.

### מי מחיל את הקדושה?

בנקודה הזו אנו יכולים לשאול - מי מחיל את הקדושה על האישה? אם נשאל כל אחד מחובשי בית המדרש התשובה תהיה אחידה - האישה! הרי האיש קונה את האישה, בכך מייחד אותה להיות לו לאישה וחל עליה איסור להיות עם איש אחר. אם נבחן את ההנחה הזאת נראה שאפשר להסתכל עליה משני כיוונים:

**א.** ניתן להגיד שהאיש מחיל חלות וממילא חל על האישה איסור, וכך מסביר ר' אלחנן וסרמן:

וי"ל, דבקדושין יש קנין ואיסור, והא דקדושין דומה להקדש הוא רק האיסור ולא הקנין, אלא שאפשר לומר שהמקדש עושה קנין והאיסור הוא בתולדה מכח הקנין, או להיפוך, שעושה האיסור, והקנין נמשך מהאיסור.

(קובץ שיעורים קידושין נג)

ולדברנו לעיל שתי האפשרויות שמציע ר' אלחנן בלתי מתקבלות. שהרי, אם נאמר שהאדם מחיל חלות אחת והחלות השניה נובעת ממנה, הרי יוצא שמה שהחיל האדם הוא ה'עצם' ומה שנובע ממנו הוא 'הסתעפות', ואנו כבר הקדמנו שבקידושין הן הקניין והן האיסור הם חלקים מ'עצם' חלות הקידושין. לכן אם נאמר שהאדם מחיל קניין יוצא שהאיסור הוא הסתעפות, וכנ"ל להפך.

**ב.** ניתן להגיד שהאיש מחיל על האישה גם קניין וגם איסור.

להגיד שהאיש מחיל את חלות הקניין זה נכון, שהרי ראינו לעיל שבכל דיני קניינים הקונה הוא זה שמחיל את החלות, אך האם אי פעם מציינו שאדם יכול להחיל איסור על אדם אחר?

שבועה היא איסור שחל על האדם (הגברא) ואדם יכול להישבע רק על עצמו, כמו שכתוב בתורה (במדבר ל, ג) "איש כי ידר נדר לה' או השבע שבעה לאסר אסר על נפשו". והוא הדין להקדש - אדם יכול להקדיש לשמיים אך ורק חפץ שהוא שלו. גם נדרים, שבהם אדם יכול להדיר את חברו, הם איסור על החפץ כמו שקובעת הגמרא (נדרים ב, ב) "אידי דתנא נדרים דמיתסר חפצא עליה" - זאת אומרת שהאדם מחיל איסור על החפץ של עצמו, שהחפץ יהיה כמו הקדש ביחס לחברו, אך אדם לא יכול להחיל נדר על חפץ של חברו.

גם כאשר אדם נודר נזירות וחברו שומע ואומר 'אהא', אמנם נדרו תפס, אך הוא זה שהחיל על עצמו את איסורי הנזיר, שאנו מסתכלים על האמירה 'אהא' כרמיזה 'שמקפלת' בתוכה את כל המשפט הדרוש כדי להחיל את החלות "כמו בית יד הכלי

שאינו עיקר הכלי והאוחז בו הכלי עולה עמו וכך הנך ידות אינו גומר דבריו לפרש הנדר אלא התחלה בעלמא ומתוכן ניכר שדעתו לידור ומחשבינן ליה כאילו גמר דבריו" (פירוש הרא"ש נדרים ב, א).

לכן, אם היינו אומרים שהאיש קונה את האישה כפשוטו, דהיינו קניין הגוף, אולי היה ניתן להגיד שהאיש הוא שמחיל את האיסור על האישה מדין הקדש. ברם, ברור לכל בר בי רב שאין הדברים כך, והאישה קנויה קניין אישות לבעלה ולא קניין הגוף, וכמו שקובעת הגמרא (קידושין ו, ב) "אשה דלא קני ליה גופא". וכך כותב הנצי"ב:

אין לאיש על אשתו שום קנין כי אם לאישות בלבד אבל זולת אישות אין לבעל שום קנין... דבר ברור ומושכל ראשון דמשמעות כי יקח איש אשה הוא למה דמסיים הכתוב ובעלה או ובא אליה ולא יותר, מזה למדנו דלזה הפרט היא קנויה לו... אלא הענין הוא שאשה היא קנויה ומקודשת, ושני דברים הם דקנין הוא שהיא מחויבת להזקק לבעלה כמו שהעבד מחויב לעשות מלאכת בעליו, וקידושין שהוא כהקדש, היינו שהיא אסורה לאחר, ותרי מילי נינהו.

(שו"ת משיב דבר ד, לה)

אם כן איך יעלה על הדעת שהאיש הוא זה שמחיל את האיסור על האישה? הרי באף מקום לא מצינו שניתן להחיל איסורים על אדם אחר או על חפציו!

לעיל הבאנו את דברי ר' שמעון שקאפ שמחדש שבניגוד לקניין - שרק הקונה מחיל חלות קניין והמקנה רק מתרצה למעשה הקונה - בקידושין גם האיש (הקונה) וגם האישה (המוכרת) מחדשים חלק בקניין. ר' שמעון לא הסביר מה מחדש כל אחד מהצדדים, אלא רק הניח את ההנחה שהאישה מחדשת צד בקניין. לאור דברינו, שכל קידושין מכילים גם קניין וגם איסור, אפשר להסביר שמה שמחדשת האישה בקידושין הוא את האיסור. בקידושין מעבר לכך שהאישה היא הצד המקנה, היא בעצמה גם ה'חפץ' עליו עושים את הקניין. הבעלים על האישה היא האישה עצמה,<sup>14</sup> ולכן כמו שבהקדש רק הבעלים יכול להחיל קדושה על החפץ, כך בקידושין היחידה שיכולה להקדיש את גוף האישה היא האישה עצמה. גם אם האישה תתן רשות לאיש להחיל עליה את האיסור הדבר לא יתאפשר, כמו שבהקדש גם אם הבעלים יתנו רשות לאדם אחר להקדיש את החפץ שלהם, החפץ לא יכול להתקדש.

14 וכמו שכותב הר"ן (קידושין א, ב- ב, א) על חזקת פנויה "העמד אשה על חזקתה דמאי שנא מכל תיקו דממונא דאמרינן ביה העמד ממון על חזקתו" - כמו שבממון אי אפשר להוציא ממון מאדם שמוחזק בו, כך גם כל אישה מוחזקת בעצמה, ולכן אי אפשר להוציא אותה מידי עצמה.



גם בסברה הישרה הדבר נראה ברור - התורה אסרה על אישה לחיות עם כמה אנשים, אך התירה לאיש לשאת כמה נשים. לכן מבחינת האיש האישה קנויה לו לעניין האישיות. אך מבחינת האישה אין קניין הקידושין דומה לקניינים אחרים, שהרי ע"י קניין זה חל עליה איסור שנאסרת על כל העולם, והדרך שלה להתיר את האיסור הזה תלויה לגמרי בבעל. לכן נראה מסתבר שהיחידה שתוכל להכניס עצמה לאיסור הזה היא בעצמה. להגיד שאדם יכול לאסור איסורים על אנשים אחרים זה דבר משולל הגיון. הטריטוריה ההלכתית שבה האדם יכול לפעול מוגבלת עד למקום שבו הוא יוכל לבדו להשתמש בהלכה כדי לשנות את המציאות כלפי חברו.

קצרים של דברים - מבחינת האיש הקידושין הם חלק ממערכת קניינים רגילה, ולכן קניין האישיות כפוף לכללי הקניינים. מבחינת האישה הקידושין הם חלק ממערכת ההקדשות, ולכן חלות האיסור שהיא מחילה כפופה למערכת ההקדשות.

לפי דברינו מבואר מדוע צריך את התרצות האיש ואת רצון האישה. האיש כפוף לדיני קניין, ולכן כמו שבקניין ניתן לכפות אדם לקנות או למכור כפי שראינו, כך ניתן לכפות אותו לבצע קניין באישה. אך אישה מחילה על עצמה איסור, ומעולם לא מצינו שניתן לכפות אדם להחיל על עצמו איסור ו / או להקדיש את חפציו לשמיים. וכמו שכתבנו לעיל (הערה 4) יסוד הכפייה בנוי על התמורה שהאדם מקבל. כאשר אדם מחיל על עצמו איסור או מקדיש חפציו לשמיים הוא לא מקבל דבר בתמורה לכך, ולכן אין כאן אפילו התרצות פנימית, אלא רק הבעה כלפי חוץ של התרצות כדי שיפסקו הייסורים. נראה כי אפשר להראות כי הדברים מדויקים להפליא בלשון הרמב"ם. ראינו לעיל כשהגדיר מי נחשבת 'אשת איש' כתב (אישות א, ג): "וכיון שנקנית האשה ונעשית מקודשת... הרי היא אשת איש" - המינוח "נקנית האישה" מעיד על האיש שהחיל קניין על האישה, והמינוח "נעשית מקודשת" מבטא את האיסור שהאישה מחילה על עצמה. רק בהצטרפות שניהם האישה מוגדרת 'אשת איש', וממילא מי שבא עליה חוץ מבעלה חייב מיתה.

אלא שצריך לשאול - מדוע את מעשה הקידושין חייב האיש לעשות, והאישה - שמחילה בעצמה חלק מהקידושין - אסורה בהשתתפות?

נעבור עתה לדיון מעט שונה מהדיון העיוני שהיה עד עכשיו, וננסה לפתור את הקושיות שהעלנו ע"י הצגה של סוגיה רעיונית-מחשבתית המובאת בתחילת מסכת קידושין.

### כי יקח - דין שמבטא מהות

ניתן להציע כי התשובה לכך נמצאת בתחילת המסכת, בחלק הסבוראי<sup>15</sup> של הגמרא. הגמרא (ב, ב) שואלת מדוע התורה כתבה "כי יקח איש אישה" ולא "כי תלקח אישה לאיש" ועונה הגמרא ע"י דברי ר' שמעון:

מפני שדרכו של איש לחזור על אישה ואין דרכה של אשה לחזור על איש. משל לאדם שאבדה לו אבידה מי חוזר על מי? בעל אבידה מחזר על אבידתו.

(גמרא קידושין ב, ב)

המעין יראה שהגמרא בתחילת המסכת אינה גמרא אופיינית - היא דנה בניסוח משנה בצורה מדוקדקת להפליא, ומשתמשת בדיוקים אלו כדי לבטא רעיונות מטא-הלכתיים. רב שרירא גאון כותב באיגרת כי "אף על גב דודאי הוראה לא הות, הו סבוראי דמפרשי פירושי דמקרי להוראה ואקרי אנהו רבנן סבוראי". נראה שיש להסביר את המינוח "דמקרי להוראה", שבמקומות בהם הסבוראים הוסיפו קטעים משלהם לגמרא, הם רצו להעביר את ה'סבורות' של הדינים המופיעים במסכת שנקבעו ע"י התנאים והאמוראים, ולכן נקראו סבוראים. הם אמנם לא חידשו הלכות חדשות, אך העריכה שהם עשו, והתוספות שהם הוסיפו קרובים להיות הוראות, כי הם קובעים את רוח ההלכה והדינים שבמסכת, ויוצרים לכל המסכת מבוא רעיוני-תוכני ע"י שמעבירים לנו את צורת החשיבה של קודמיהם שיצרו את ההלכה.<sup>16</sup>

אם כן כשהסבוראים יצרו דיון מדומה בלשון המשנה, הם לקחו את הפסוק "כי יקח איש אישה", שבהמשך המסכת נדרש כדי ללמד שאישה לא יכולה להשתתף בתהליך הקידושין, והשתמשו בו כדי להסביר למה התנאים והאמוראים למדו בצורה כזו את הפסוק. בתשובתם ניסו לעמוד על דבר מהותי בנפש הגבר והאישה: על פי רוב טבעו של הגבר להיות הצד שפעיל יותר בזוגיות, להיות הצד היוזם, והאישה בד"כ היא המקבלת. גם בטבע הזכר מאופיין לרוב כמחזר, והנקבה היא זו שמתקשטת כדי להיות מחוזרת. ר' שמעון מנסה להבהיר שזה לא דבר שתלוי בזמן ובמקום אלא טבוע ומקובע

15 וכך כותב רב שרירא גאון באיגרתו (אות עט): "ונקטינן מן הראשונים דגמרא דהאשה נקנית בג' דרכים דתנינן ברישא מנא הני מילי וכו' עד בכסף מנא לן (ג, ב), כלהו אינך פרוקי וקושיי דמתרצי בגמ', רבנן בתראי סבוראי תרצינהו וקבעינהו". וכן מופיע אצל הראשונים.

16 ועיין במאמרו של הרב פרופ' יהודה ברנדס 'המשוכה הראשונה', בתוך: "על דרך האבות" (עורך: הרב אמנון בזק, אלון שבות תשס"א), עמ' 33-47 וכן אצל הרבנית מירב סויסה 'סוגיות פתיחה סבוראיות בתלמוד הבבלי - תרומתן למסכת' (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ח).

באופי הבריאה, ע"י שמזכיר לנו שהאישה לקוחה מהאדם, ובאופן טבעי האיש יחזר אחרי האישה. הוא מקשר את תהליך קידושי האישה ביחד עם תיאור בריאת העולם, ומסביר בצורה עקיפה שבצורה זו ברא הקב"ה את הזכר והנקבה, ולכן האדם תמיד יהיה בחיפוש אחר 'הצלע האבודה' שלו, גם אם בתרבות שהוא חי בה הדבר אינו נראה כך.<sup>17</sup>

הנקודה המעניינת מכל הרעיון הסבוראי שהוא מסביר לנו, הלומדים, איך להסתכל על כל הדיונים הנמצאים במסכת. ובמילים אחרות - אם ברצוננו להבין על פי מה התעצבה ההלכה אנו צריכים לבחון את הדיונים שהם יצרו וע"י כך להבין את התזה ההלכתית. אין ברצוני לפתוח דיון פסיכולוגי האם ההנחה הזו נכונה גם בימינו, אך גם אם נאמר שלא - הסבוראים מנסים להעביר לנו שלאור ההסתכלות הקיומית הזו עיצבו התנאים והאמוראים את ההלכה.

אם כן, כאשר נבחן את מה שאמרנו עד כה נמצא שהדבר תואם כפתור ופרח את הרעיון המחשבתי שהסבוראים דאגו ללמד אותנו. האישות היא חלק מהותי ממערכת הקידושין, עד כדי כך שקניין האיש סובב סביבו. אך מהצד השני המערכת מלמדת שקידושין שלמים ומושלמים הם קידושין שלוקחים את הקניין ומעלים אותו לדרגה של קדושה - הקדש. המערכת הזאת היא גם הוגנת והגיונית - היחידה שיכולה להחליט שברצונה לייחד עצמה לאיש היא האישה עצמה. האישה, מבחירה, מחליטה לעזוב את משפחתה, ומתחילה לחיות עם איש אחד בלבד. גם האופן שתיקנו חכמים את מעשה החלת החלות בנוי על כך שהאיש הוא זה שמכניס את האישה לתוך ביתו, הוא שמחזר, הוא זה שדואג ולכן הוא זה שמבצע את המעשה. עם כל זאת גם האישה מחילה חלות של 'הקדש', אך חכמים תיקנו שהוא יהיה נלווה למעשה האיש, ולכן ברגע שהאיש עושה את מעשה הנתונה האישה גם מתרצה למעשה הקניין של האיש, וגם מביעה שרצונה להחיל על עצמה חלות של הקדש, ובכך לייחד עצמה לאיש הזה. יש צורך שהצביון של המעשה ינכיח במציאות שהאיש הוא זה שלוקח את האישה, ואסור שהמעשה יקבל צורה שבה האישה לוקחת את האיש.

### סיכום ביניים

ראינו, בעזרת שינוי הלשון ברש"י, כי ישנם שני סוגי רצונות בקידושין - רצון כללי לקניין, ודעת ליצור חלות הקדש ואיסור. הסברנו שכל קידושין מורכבים גם מקניין וגם מהקדש, וששני החלקים הם 'עצם' מעשה הקידושין ולא חלות אחת שמסתעפת ממנה

17 להרחבה עיין בשיעורו של הרב יצחק שילת ('כי יקח איש אישה', אלול תשפ"א) באתר ישיבת ברכת משה:

חלות אחרת. לאור זאת ביארנו שכל אחד מהצדדים מחיל חלות אחרת - האיש מחיל קניין על ביאות האישה, ולכך היא קנויה לו, והאישה מחילה על עצמה איסור, ובכך הופכת עצמה לקדושה קדושת גוף לבעלה. בעזרת הבחנה הזו ביארנו גם את דברי הרמב"ם (שכמו תמיד היו מדויקים ושקולים) מדוע אונס האיש לקידושין מחיל קידושין ואונס האישה לא, ומדוע בכל ההלכות קידושין (בניגוד להלכות מכירה) כפל לשונו להגיד שהאישה 'קנית' וגם 'מתקדשת'. הבחנה זו, שהאישה היא זו שמחילה על עצמה את האיסור, היא גם הגיונית וגם הוגנת. הגיונית, כי ככה פועלים כל האיסורים בתורה - אדם יכול להחיל איסורים רק ביחס לעצמו (עליו או על חפציו), אך לעולם לא ביחס לאחרים. הוגנת, כי רק ככה אפשר ליצור חברה שמתנהגת בצורה נכונה. מציאות שבה לכל אדם יש טריטוריה הלכתית שבה הוא יכול לפעול, ומחוץ לטריטוריה זו היכולת שלו לפעול מאפשרת לפגוע באחרים. לאור הסבר זה ננסה לבאר כמה סוגיות לאורך מסכת קידושין כדלקמן.

## ה. יישום היסוד בסוגיות נוספות

### שרגא דליבני - פיצול הקניין וההקדש

הגמרא (קידושין נט, ב) דנה בחלות שאדם קובע לזמן ולמפרע. דהיינו, חלות שתחול במועד מסוים שהוא קובע בעתיד, וברגע שתחול היא תשפיע למפרע מאותו רגע שהאדם החיל אותה. לדוגמה, "הרי את מקודשת מעכשיו ולאחר שלושים יום". נחלקו רב ושמואל מה הדין: שמואל הבין שכשאדם אומר "מעכשיו ולאחר שלושים" כוונתו להתנות תנאי שהיא מקודשת מעכשיו אם לא יחזור בו בשלושים יום הקרובים, ולכן "מקודשת ואינה מקודשת אלא עד ל' יום (כי עוד לא התברר אם יחזור בו), לאחר ל' פקעי קידושי שני וגמרי קידושי ראשון" (כי התברר שלא חזר בו). רב הסתפק מה כוונת הלשון 'מעכשיו ולאחר': האם התכוון להתנות תנאי, או שחזר בו - שמתחילה רצה לקדש עכשיו וחזר ונמלך לקדש אותה רק בעוד שלושים יום. לכן לעולם לא נדע מה הייתה כוונתו, ואם אחר קידש אותה בתוך שלושים "מקודשת ואינה מקודשת לעולם". שיטה שלישית שמופיעה בגמרא היא שיטת ר' יוחנן:

בא אחד ואמר לה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר ל' יום, ובא אחר ואמר לה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר עשרים יום, ובא אחר ואמר לה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר עשרה ימים... עולא אמר רבי יוחנן: אפי' מאה תופסין בה... אמר ליה רב משרשיא בריה דרב אמי לר' אסי: אסברה לך טעמא דרבי יוחנן, שוו נפשיה כי שרגא דליבני, דכל חד וחד רוחא לחבריה שבק.

(שם נט, ב - ס, א)

מדדייק רש"י (שם, ד"ה אסברא) שלשון 'תופסין' היא לשון של קידושי ודאי ולא קידושי ספק, והדין הוא שבמידה מסוימת היא מקודשת בתורת ודאי לכל אותם אנשים, ולא שמדובר בספק למי היא מקודשת ושבגללו היא צריכה גט מספק מכולם (כמו שיטת רב). ברם, רש"י לא מסביר איך החלויות האלו חלות, אלא רק מגדיר שהיא מקודשת ודאי לכל האנשים.

הראשונים במקום מקשים, שלכאורה ר' יוחנן מדבר על 'שיוור', דהיינו - אדם שמקדש מעכשיו ולאחר שלושים הוא מקדש אותה, ומשייר בה קידושין למי שיקדש אותה בין רגע האמירה עד לאחר שלושים יום. אולם, סוגיית שיוור מופיעה במקור ביחס לגיטין, ושם (גיטין פב, ב) אנו פוסקים שאי אפשר לשייר, ומי שמשייר בגט או קידושין אינה מגורשת או מקודשת. אם כן, מתקשים הראשונים בשיטת ר' יוחנן אצלנו - איך קידושי כולם תופסים בה?

הרשב"א (ד"ה מותיב) ור"א אב"ד (מובא ברשב"א וברמב"ן) מפרשים ששיטת ר' יוחנן היא לפי ההווא אמינא בגיטין שיש הבדל בין גיטין לקידושין, שבגיטין יש צורך ב'כריתות' ולכן שיוור לא אפשרי כי הוא לא כורת את כל הזיקה ביניהם, אך בקידושין כל קניין מקדש ולכן ניתן לשייר בקידושין. אך לפי מסקנת הגמרא בגיטין שאין שיוור גם בקידושין, שיטת ר' יוחנן לא מתקבלת.

לעומתם הרמב"ן (ד"ה אפילו) והריטב"א (ד"ה אבל) מפרשים שגם ר' יוחנן סובר שאין שיוור בקידושין, אך במקרה זה לא מדובר בשיוור, כי שיוור כוונתו שמשייר לאדם לקדש אותה לגמרי לתמיד, אך אצלנו השיוור נשאר רק עד שלושים יום, ובמהלך כל אותו הזמן "קונה ואינו קונה" ובסוף הזמן "לאחר שלשים יום - קונה קנין גמור", ולכן לא נחשב שיוור.

דבריהם, המבוססים על הירושלמי (קידושין ג, א), דורשים ביאור - מה הכוונה שהקידושין הולכים ונגמרים כל שלושים יום, ובסוף נקנית קניין גמור? האם הכוונה שקידושין נמדדים ב'מד חלות' שהולך ומתמלא לאורך הזמן כך שבתחילת הזמן האיש קונה באישה רק 30% קידושין, לאחר כמה ימים זה עולה ל-40% וכן על זה הדרך עד שלושים יום, ששם הקניין מגיעה להשלמת 100% קניין? איך מכמתים את אחוז הקידושין, ובמה קידושין של 70% שונים באיכותם מקידושין של 40%? או בקיצור - מה שונה הקניין שיש לאיש באישה בתחילת שלושים לבין סוף שלושים?

נראה להסביר שהשינוי שמדברים עליו הרמב"ן והריטב"א הוא לא שינוי כמותי ביחס לזמן שעובר, אלא שינוי תוכני-מהותי בחלות הקידושין. כפי שהסברנו לעיל בכל קניין יש צד חיובי - הדבר קנוי לי, וצד שלילי - הדבר אינו קנוי לאחרים. נראה להסביר שכשדאם מחיל חלות לזמן ולמפרע (מעכשיו ולאחר שלושים) הוא מחיל בתחילת

הזמן את הקניין החיובי ובסוף הזמן חל הקניין השלילי, לכן בתווך אנשים אחרים יכולים גם להחיל קניין על האישה. האישה לא שייר שום דבר בקידושין, שהרי החיל את כל חלקי הקניין, אלא שפיצל את הקניין לשני חלקים, דבר שמוביל לכך ששאר אנשים גם יוכלו להחיל קניין חיובי על האישה. לכן בסוף השלושים אף אדם אחר לא יכול להחיל עוד חלות קניין שהרי מאותו רגע חל גם הצד השלילי שהדבר לא יכול להיות קנוי לאחריים. ברם, מה דינם של כל אלו שכן קנו קניין האישות? מותרים לבוא על האישה? ממושיך הריטב"א:

לאותם שקדשו אותה אפשר דאסורה בביאה שאין אשה אחת ראויה לכמה אנשים להשתמש זה בצד אישות של זה וכל מה דאפשר למבצר משוירא דידיה בצרינן הילכך הרי היא אסורה להם... והיינו לישנא דתופסין בה לומר דצריכה גט מכולם לא שתהא מקודשת גמורה לכולן להיות מותרת להם.

(ריטב"א קידושין ס, א ד"ה עולא)

הריטב"א מפצל בין צד האישות שבקידושין לבין צד הקניין - האישה אמנם קנויה לכל אחד מהאנשים הללו, אך אף אחד מהם לא מותר לבוא עליה. מהות האישות שבקידושין זו אישות שמיוחדת לאדם אחד, אך בנידון דידן האישה לא יכולה לייחד עצמה לאדם אחד, ולכן אסור לה לבוא על אף אחד מהם. אם נדקדק בלשון הריטב"א נראה שהוא מתנסח בצורה שהאיסור לקיים אישות עם כל אותם אנשים היא לא מסיבה מהותית אלא הנהגתית-מוסרית - "אין אישה ראויה להשתמש...". זה מעשה מכווער שאישה תבוא על כמה אנשים, ולכן 'נראה' לו שהדבר אסור.<sup>18</sup> ברם, הרי"ד מתנסח בלשון מהותית יותר:

ורבי יוחנן אמר אפי' מאה תופסין בה והכי מיפרשא מתניתין מקודשת ואינה מקודשת שמצריכין אותה גט משניהם אבל אינה מקודשת שתהא מותרת לו מפני שני הקידושין תופסין בה.  
(תוספות רי"ד קידושין ס, א ד"ה ורבי יוחנן)

מלשון הרי"ד הדבר ברור יותר - האישה מקודשת לדבר מסוים ולא מקודשת לדבר אחר - מקודשת לעניין זה שתצטרך גט אך לא מקודשת לעניין זה שיוכלו לממש את האישות ביניהם.

18 ועיין בדברי ר' איצ'לה מפוניביז' (חידושי הגריי"ר קידושין ס, א) שפירש שהאיסור הוא משום "ודבק באשתו" - ולא באשת חברו, שזה איסור הבא ממילא מהקניין, אך ודאי לא משום איסור אשת איש, ואולי נפ"מ היא שבמקרה כזה הוולד לא יהיה ממזר, כיוון שממזר הוא דווקא במקום שישי איסור 'אשת איש'.

לאור דברינו במאמר הדבר מבואר היטב - מבחינת כל האנשים שמבצעים קניין באישה האישה קנויה לכולם, ולכן כל אותם אנשים החילו לגמרי קניין אישות. אם אף אחד אחר לא היה מקדש אותה בתוך שלושים אז ברגע שהקניין השלילי חל גם חלות האיסור הייתה מגיעה מכוח האישה, שהרי מהותם אחת - האישות מיוחדת לאדם אחד בלבד, הן מהצד הקנייני והן מהצד האיסורי. בנידון דידן בסוף השלושים חלו הקניינים השליליים של כולם (והרי היא מקודשת לכל האנשים ולא מקודשת לשאר האנשים בעולם) אך איסור אשת איש לא יכול לחול. שהרי מהות האיסור הוא שהאישה מיוחדת את ביאותיה לאדם אחד בלבד - ולמי היא יכולה לייחד? הרי כל האנשים החילו קניין אישות.

קצרים של דברים - כל האנשים קנו את האישה, אך היא לא קידשה עצמה לאף אחד. הגט שהיא צריכה הוא לא גט מספק אלא 'גט חצוי', דהיינו גט רק על חלק הקניין שבקידושין, אך אין בו את המימד של האיסור שהגט מתיר. הגט נצרך רק כדי להפקיע את הבעלות, אך מעולם לא חל עליה איסור אשת איש, ולכן עניין הגט הוא כ'שטר מכירה' ולא כ'גט איסור'. אם נאמר באופן קיצוני ניתן אולי להגיד ששאר האנשים בעולם שלא קידשו את האישה אסורים לבוא עליה מדין גזל (או מצד 'דבק באשתו' כנזכר), אך אין שם איסור אשת איש.

לאור זה מבוארת גם כוונת הרמב"ן והריטב"א שדעת ר' יוחנן לא קשורה לדין שיוור - שיוור בקידושין הוא כאשר נפתח פתח לאדם אחר לפצל את הקניין של הבעל, ולהפקיע את הצד השלילי של הקניין. אך בנידון דידן כל אחד שהחיל קידושין על האישה קנה קניין גמור (גם צד חיובי וגם צד שלילי) אך ע"י מערכת התנאים נוצר מצב שחלות הקניין לא תחול אלא לסוף השלושים לכן כל אחד מהאנשים הבאים יכל להכניס קניין בתוכם. מצב זה הוא מצב של קידושי קניין ללא קידושי איסור, ולכן הלשון של ר' יוחנן היא "אפילו מאה תופסין בה" ולא מקודשת מספק לכולם, וכך גם הרמב"ם (אישות ז, יב) שמר על הניסוח המקורי וכתב "קידושי כולן תופסין בה", שמשמעו שצד אחד בקידושין חל לגמרי וצד אחר לא חל בכלל.<sup>19</sup>

### ייעוד - פיצול הקניין וההקדש

בפרשת אמה עבריה (שמות כא, ז-יא) מלמדת התורה שאב יכול למכור את בתו הקטנה לאמה, ולייעד אותה לקידושין לאדון או לבנו. אם לא רוצה האדון לייעד אותה צריך לתת לה את האפשרות לגרוע את פדיונה ולהשתחרר. יש להקדים ביאור בקידושי קטנה - אדם רשאי מהתורה לקדש את בתו כשהיא נערה וכשהיא קטנה ואפילו בעל

כרחה, וכסף הקידושין מגיע לידי האב (רמב"ם אישות ג, יא). ולדברינו לעיל צריך לשאול על קידושי קטנה בעלמא - אם האישה מחילה את האיסור, איך האבא יכול לקדשה בעל כרחה?

נראה להסביר, שהאב ממלא שני תפקידים בבואו לקדש את בתו: מהפן הקנייני - כסף הקידושין הוא זכותו הממונית של האב, כמו ששאר מעשי ידיה של בתו כשהיא נערה הם של האב. לכן כשהגמרא (קידושין ג, ב) שואלת מניין שהאב זכאי בקידושי בתו היא מעלה אפשרויות שזה חלק מכל הקניינים הממוניים של הבת כשהיא קטנה שהאב זכאי להם - בושת, פגם, מעשי ידיה וכד'. מהפן האיסורי - התורה מינתה את האב להחיל את האיסור על בתו מאחר והיא קטנה ואין לה דעת להחיל חלות בעצמה.<sup>20</sup> לכן בכל קידושי קטנה האב מקבל את הכסף מאחר ובתו היא ה'רכוש' שלו והוא 'מוכר' אותה לאדם אחר, והוא זה שמחיל עליה את האיסור במקומה כי אין לה דעת לעשות זאת.

הגמרא (קידושין יט, ב) מביאה מחלוקת בין חכמים לבין ר' יוסי בר' יהודה האם הכסף שנתן האדון לאבי הבת תמורת קנייתה לאמה הוא גם מעות הקידושין אם ירצה האדון לקדש אותה לאישה, או שהאדון צריך לקדש אותה בכסף חדש אם ירצה לשאת אותה, ומביאה שני משלים שיסבירו את דעת חכמים ודעת ר' יוסי בר' יהודה: לרבנן - "משל לאומר לאשה התקדשי לי מעכשיו לאחר שלשים יום ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום שמקודשת לראשון".<sup>21</sup> לר' יוסי בר' יהודה - "משל לאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום שמקודשת לשני".

מסביר התוס' רא"ש (ד"ה משל) שהמשלים שהגמרא הביאה הם משלים מדויקים, ולכן אליבא דרבנן ברגע שיחליט האדון לקדש את האמה, קידושי האדון יחולו למפרע מרגע המכירה כמו שבקידושין של 'מעכשיו ולאחר שלושים' הקידושין חלים למפרע. ברגע שיחליט האדון לייעד יתברר למפרע שהייתה אשת איש מרגע המכירה, ולכן, אם אדם אחר יבוא על האמה בין רגע המכירה לרגע הייעוד, יתברר למפרע שבא על אשת איש. לפי הסבר זה קידושי ייעוד הם קידושי קטנה רגילים בצורה של 'מעכשיו ולאחר' והזמן שנקבע הוא הזמן שבו ירצה האדון לייעד.

לפי זה מקשה השערי יושר (שער ז, טז) על שיטת רבנן - אם מעשה המכירה של האב הוא מעשה הקידושין, מדוע אין צורך בעדים בשעת המכירה? הרי קידושין ללא עדים

20 וכמו שראינו בהתחלה שלכל חלות מכח האדם צריך 'דעת'.

21 לעיל ראינו שהמקדש 'מעכשיו ולאחר שלושים' נתון במחלוקת תנאים, ואף אחד מהם לא סובר שמקודשת ודאי רק לראשון, אלא שבנידון דידן מדובר במשל בו פירש איש שמקדש אותה מעכשיו ולאחר שלושים אם ירצה.



אינם קידושין, ולא מוזכר בשום מקום שיש צורך בעדים בשעת המכירה. גם אם נעמיד ונאמר שהיו עדים בשעת המכירה, מפורש בכרייתא: "אומר לה בפני שנים... בסוף שש", אם כן מדוע לשיטת חכמים יהיה צורך בעדים בשעת הייעוד אם היא אינה שעת הקידושין? והרי מעולם לא שמענו שצריך עדים בשעת קיום תנאי בקידושין.

לעומת התוס' רא"ש שהניח שכוונת הגמרא שהמשל מדויק, ואם יקדש האדון את האמה היא תתברר כאשר איש למפרע מרגע המכירה, לר' חיים מבריסק (יבום וחליצה ד, טז) היה ברור שאדם שבא עליה בין המכירה לייעוד לא עבר למפרע על איסור אשת איש. דא עקא שהגמרא אומרת שאם אדם אחר קידש את האמה בין המכירה לייעוד הקידושין בטלים, ומקודשת לאדון. לפי זה שואל ר' חיים מה פעל מעשה המכירה שמצד אחד הקידושין תפסו באמה, ומצד שני אינה נחשבת אשת איש?

והפשוט בזה, דביעוד עצם הקידושין נעשה ע"י האב, ואף על גב דדרשינן מאשר לו יעדה דבעינן דוקא מדעתה, הוא דהוי גזירת הכתוב דבלא דעתה לא הוי יעוד ומעשה הקידושין כלל, ולא כמו בשארי קידושין דעיקר הקידושין תלוי בדעתה, ובדעתה הוא דנעשו הקידושין... ועל כן למ"ד מעות הראשונות לקידושין ניתנו דנעשה מעשה הקידושין לענין זה שאין היעוד תלוי שוב בדעתה, על כן אהניא זאת גם לענין זה שאינה יכולה לקבל עוד קידושין מאחר, לא ע"י עצמה ולא ע"י אביה, ודמיא זאת למעכשיו בחדא מילתא, דלענין זה שאין הקידושין תלויין עוד אלא בדעת האדון מהני היעוד שאח"כ למפרע.

(חידושי ר' חיים הלוי יבום וחליצה ד, טז)

מסביר הגר"ח שהאב באמת קידש את בתו לאדון ברגע המכירה, אך מעשה הקידושין מסתיים כאשר יחליט האדון לקדש אותה. לכן מצד האב שקידש אותה היא נחשבת כמקודשת לאדון ואינה מתקדשת לאדם אחר, אך מצד האדון שעדיין לא סיים את מעשה הקידושין היא עדיין לא נחשבת אשתו, ואם אדם אחר בא עליה לא עבר על איסור אשת איש. אם כן, בין רגע המכירה לרגע הייעוד האמה במצב שהיא מקודשת ולא מקודשת - מקודשת לעניין כך שקידושי אחר לא תופסים בה, ואינה מקודשת לעניין איסור אשת איש. ועל דרך הסברנו במאמר זה מסביר הקהילות יעקב:

דהנה בקידושין איכא תרי ענינים קנין ואיסור שבפשוטו משמע דיש לבעל באשתו צד קנין בעלות... וגם המקדש<sup>22</sup> קעביד קניין איסור שאוסרה אכו"ע כהקדש ובכל קדושי אשה לא משכח"ל קנין ממון בלא קנין איסור... אבל באמה

העברי'... משמע דבשעת המכירה לא עביד בה קנין איסור לשווי' באיסור א"א לעלמא... אבל עכ"פ אינו מעכשיו אלא הקנאת ממון ולא קנין איסור והקנין איסור קעביד בשעת יעוד ולענין שאין קידושי אחר תופסין בה סגי בהקנאת קנין ממון בלבד שכבר אינה של האב לקדשה לאחר.

(קהילות יעקב קידושין כא, ג)

בשעת מתן המעות הראשונות האדון קונה מהאב את בתו קניין עבדות, וגם קניין פוטנציאלי לאישות. מאותו הרגע ואילך קידושי אחר לא יכולים לתפוס בה כי היא נקנתה קניין חיובי וקניין שלילי לאדון. במידה וירצה האדון לכנוס אותה לאישה הוא צריך לקדש אותה בפני שניים כדי להחיל עליה את איסור אשת איש, ולהתחיל את חיי האישות ביניהם. מעמד עדי הקיום נוגע אך ורק לחלות האיסור, ולכן העדים צריכים להיות בזמן הייעוד ולא בזמן המכירה, אע"פ שהמכירה היא דבר שגורם לערווה בעתיד, על כל פנים כרגע הוא רק קניין. מרגע שיכנוס אותה האדון, אם תבוא על אדם אחר תהיה חייבת מיתה כדין אשת איש. ראינו לעיל שהדבר מבואר גם בדברי הרמב"ם (אישות א, ג) "וכיון שנקנית האשה (נעשה בה קניין) ונעשית מקודשת (חל עליה איסור אשת איש)... הרי היא אשת איש והבא עליה חוץ מבעלה חייב מיתת בית דין". זאת אומרת, אישה מתחייבת מיתה רק אחרי שהקידושין הם קידושין שלמים, ומכילים גם קניין וגם איסור. דייק ר' חיים (לעיל) שדמיון המשל 'מקודשת מעכשיו ולאחר שלושים' לייעוד הוא רק לעניין "שאין הקידושין תלויין עוד אלא בדעת האדון", אך לא לכך שאיסור אשת איש יחול למפרע מרגע הקניין. האדון מחיל את האיסור רק ברגע שמיעד ולכן אם בא עליה אדם אחר בין המכירה לייעוד אינה עוברת גם למפרע באיסור אשת איש.

ולדברינו, שהאישה מחילה את האיסור, צריך לשאול - איך הדבר לא תלוי עוד בדעתה, והאיסור מוחל ע"י האדון? הרי אמרנו שאין אדם יכול להחיל איסור על אדם אחר!

אלא יש להסביר כמו שביארנו - האב זכאי בקידושי בתו הקטנה לשני עניינים - לחלק הקנייני ולחלק האיסורי. התורה מינתה את האב להחיל את איסור אשת איש על בתו מתוקף האחירות שיש לו עליה, שהרי היא עדיין קטנה ואין לה דעת כי להחיל על עצמה איסור. ובמילים אחרות האב הוא גם הבעלים שלה וגם האפוטרופוס שלה. הדבר מאוד ברור גם בסברה - ילדה קטנה עוד לא יודעת מה טוב בשבילה ומה לא טוב בשבילה, ולכן האחירות עליה עוברת לידי הוריה, והם אלו שיכולים להחליט בשבילה. כאשר האב מוכר את בתו לאמה, הוא גם מוכר אותה על הצד הקנייני, אך גם מעביר את האחירות שיש לו להחיל עליה איסור לידי האדון. האדון נכנס תחת האב בשני תפקידיו, וכך מבאר הדגל ראובן:

דהנה הזכות שיש לאב בבתו, מלבד שיש לו במעשה ידיה שלה עד שתתבגר, רשות ביד אביה למוסרה לכל מי שיחפוץ לקדושין... לפיכך מקבל האב קדושי בתו מיום שתולד, עד שתבגר, ואפילו היתה חרשת או שוטה וקדשה האב, הרי היא אשת איש גמורה... ואם מכרה האב לאמה העבריה לאדון... דכל זכות שהיה להאב בבתו, גם לענין קדושיה, מכר להאדון.

(דגל ראובן חלק א, סימן טז, אות י)

ולפי זה מבוארת הסוגיה כפתור ופרח - אב בדרך כלל זכאי בפנ הממוני של קידושי בתו, ואחראי על הצד האיסורי של הקידושין בתור אפוטרופוס בעל 'דעת'. כאשר האב מוכר את בתו לאמה הוא מוכר את צד קניין האישות לאדון, וממנה אותו כאפוטרופוס בעל ה'דעת' על הבת עד שתגדל (שאז תשתחרר לחופשי). ברגע המכירה חל רק הצד הקנייני של הקידושין, ולכן לא צריך עדי קיום על המעשה. מאותו רגע הקידושין תלויים אך ורק בדעת האדון - בתור הצד שמתקדש ובתור הצד שאחראי לקידושי הבת. ברגע שירצה האדון ליעד אותה, הוא צריך לקדש אותה בפני שניים, ומאותו רגע יחול עליה איסור אשת איש, והבא עליה חוץ מבעלה יתחייב.

## ו. סיכום

ניסינו להציע הסתכלות חדשה על מערכת הקידושין, לפיה כל אחד מהצדדים פעיל באופן מסוים. האיש קונה קניין אישות באישה, ולכן מכוחו חלה חלות הקניין שעליה הגמרא מתנסחת "האישה נקנית". במעשה קידושין האישה נאסרת על כל העולם, ולכן מכוחה חלה חלות איסור אשת איש. ניסינו להסביר שהדבר מובן עפ"י מערכת הקניינים, בה הקונה מחיל את החלות והמקנה מתרצה לחלות, ומובן גם עפ"י מערכת האיסורים בה חלות של איסור מכח האדם יכולה לבוא רק ע"י האדם עצמו ולא ע"י אחרים.

הראנו שהסבוראים הבהירו לנו שחכמים קבעו את מודל מעשה הקידושין עפ"י הבנתם את המציאות, ותפקידם של הזכר והנקבה בעולם - הזכר הוא הנותן, המחפש והיוזם, והאישה היא המקבלת והמכילה. לכן מעשה הקידושין נעשה ע"י האיש, והאישה רק 'מסכימה' ו'מתרצה' למעשה האיש. ברם, במהות האישה היא זו שמחילה על עצמה את האיסור.

השתדלנו עפ"י הסבר זה להסביר עוד סוגיות קשות במסכת קידושין, והיד עוד נטויה. "לא עליך המלאכה לגמור, ולא אתה בן חורין ליבטל ממנה" (אבות ב, טז). מסתבר כי ניתן להסביר עוד סוגיות במסכת עפ"י היסוד הזה, והוא ישפוך אור חדש על הבנת מערכת הקידושין היהודית שרו"ל ייסדו.