

מהות קניין הקידושין: הקניין והאיסור

הרב מיכאל לוצקי שליט"א – מהות קניין הקידושין: הקניין והאיסור

במאמר זה נבחן את מהות הקניין של הקידושין: מה קונה החתן ברגע שקיבלה האשה את הקידושין ממנו? נלמד זאת דרך ההבחנה בין הקידושין בישראל והנישואין בדיני בני נח, לאור דברי הראשונים והאחרונים בנושא. נראה ששני צדדים לקידושין – הקניין והאיסור, ונבחן מה עושה החתן ומה גזרה התורה

ראשי פרקים:

- א. פסוקי התורה ומצוות הקידושין
- ב. איסור קדשה לשיטת הרמב"ם
- ג. הבחנת הרמב"ם בין האישות בישראל לבין האישות באומות העולם
- ד. דברי רש"י ודיוני האחרונים
 - 1) דברי רש"י
 - 2) הנצי"ב: קניין לאישות, ומו"מ בדבריו
 - 3) להורות נתן: קניין להיות מותרת לו ואסורה לעלמא
 - 4) ייקרא שמך עלי
- ה. הקניין והאיסור בקידושין
 - 1) לשונות הקידושין ונפקא מינה ביניהם
 - 2) מדוע אין קידושין תופסים באשת איש?
- ו. סיכום

א. פסוקי התורה ומצוות הקידושין

כדי לבחון וללמוד מהי מהות הקידושין נראה את פסוקי התורה בנושא הקידושין והנישואין בישראל, ונשווה אותם, בעקבות הרמב"ם, לדיני החיתון אצל בני נח.

עיוני קידושין

הקידושין והגירושין בישראל מופיעים בתורה פרשת מחזיר גרושתו (דברים פרק כד). בתחילתה (פס' א-ב) נאמר: "כִּי יִקַּח אִישׁ אִשָּׁה וּבָעִלָּהּ, וְהָיָה אִם לֹא תִמְצָא חֵן בְּעֵינָיו, כִּי מִצָּא בָּהּ עֲרוּת דָּבָר, וְכָתַב לָהּ סֵפֶר כְּרִיתֹת וְנָתַן בְּיָדָהּ וְשָׁלְחָהּ מִבֵּיתוֹ, וְיִצְאָה מִבֵּיתוֹ, וְהִלְכָה וְהָיְתָה לְאִישׁ אֲחֵר". אחרי שהייתה האשה לאיש על ידי ליקוחין היא יוצאת ממנו בגט ומותרת להיות לאיש אחר.

בהיות האשה אשת איש היא אסורה לאיש אחר וגם חייבים עליה מיתת חנק, כמו שנאמר בספר ויקרא (פרק כ פסוק י'): "וְאִישׁ אֲשֶׁר יִנְאַף אֶת אִשְׁתּוֹ אִשׁ, אֲשֶׁר יִנְאַף אֶת אִשְׁתּוֹ רְעֵהוּ, מוֹת יוּמַת הַנָּאֵף וְהַנְּאֻפֶת".

גם בבני נח מצאנו איסור אשת איש, כחלק מאיסור העריות שאסור לבני נח. נאמר בתורה (בראשית פרק ב פסוק כד): "עַל כֵּן יַעֲזֹב אִישׁ אֶת אָבִיו וְאֶת אִמּוֹ וְדָבַק בְּאִשְׁתּוֹ וְהָיוּ לְבָשָׂר אֶחָד". ודרשו חז"ל בגמ' (סנהדרין דף נח עמוד א): "ודבק ולא בזכר, באשתו ולא באשת חבירו". מכאן שבני נח אסורים באשת איש.

הרמב"ם (ריש הלכות אישות) מגדיר את החובה לקדש את האשה כמצוות עשה. גם **השולחן ערוך** אבן העזר מתחיל בהלכה של החיוב לשאת אשה (סימן א סעיף א): "חייב כל אדם לישא אשה כדי לפרות ולרבות". אמנם נראה שלרמב"ם החיוב הוא שונה מחיוב פריה ורביה ונפרד ממנו.

מהות מצוות העשה של קידושין היא שזו תהיה הדרך לשאת אשה "נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אשה יקנה אותה תחלה בפני עדים ואחר כך תהיה לו לאשה".

ב. איסור קדשה לשיטת הרמב"ם

נוסף לפרשיות דלעיל, לשיטת הרמב"ם איסור קדש וקדשה שבתורה הם איסור על בעילה שלא לשם קידושין. נאמר בתורה (דברים כג, יח): "לֹא תִהְיֶה קְדֻשָּׁה מִבְּנוֹת יִשְׂרָאֵל וְלֹא יִהְיֶה קֹדֶשׁ מִבְּנֵי יִשְׂרָאֵל". ולדעת הרמב"ם זה איסור לאו על בעילת זנות. כך כתב בהלכות אישות (פרק א הלכה ד): "משנתנה התורה נאסרה הקדשה, שנאמר 'לא תהיה קדשה מבנות

מהות קניין הקידושין: הקניין והאיסור

ישראל', לפיכך כל הבועל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה מפני שבעל קדשה".

יש שלמדו מפסוק זה את איסור השפחה (ר' אונקלוס שם, ומש"כ הרמב"ם על דבריו בפ"ב הי"ג מהלכות איסורי ביאה), ור' גם בהשגת הראב"ד לרמב"ם שם, וברמ"א (אבה"ע סי' כו סעיף א). ואכמ"ל.

ג. הבחנת הרמב"ם בין האישות בישראל לבין האישות באומות העולם

בתחילת הלכות אישות (פרק א, הלכות א - ד) מבדיל הרמב"ם בין המציאות שלפני מתן תורה לבין המציאות שלאחר מתן תורה בשני הבדלים:

(1) לפני מתן תורה היתה אשה הופכת להיות אשתו של האדם לאחר שנתרצו שניהם וכנסה לביתו. ואילו לאחר מתן תורה על האיש לעשות קניין בפני עדים שהופך אותה לאשתו לפני שיכניסנה לביתו.

(2) לפני מתן תורה הייתה מותרת בעילה ברצון האשה (כגון בשכר) שלא למטרת נישואין, ואילו לאחר מתן תורה אסורה בעילה ללא קידושין.

ההבדל הראשון מתקשר לדברי הרמב"ם בהלכות מלכים (פרק ט הלכות ז - ח), כשהוא מגדיר את איסור אשת איש אצל בני נח – מאימתי נעשית אשת גוי "אשת איש" – משכנסה לביתו ונבעלה לבעלה. אין להם "כניסה לחופה" או קניין אחר, ופירוק הקשר יכול להיעשות על ידי כל אחד מבני הזוג⁸.

⁸ העיר הרב נתנאל פרנקנטל שליט"א, שהגט מבטל את פעולת הקידושין. נקודה זו נראית מדברי הרמב"ם שאשת איש בבני נח ניתרת על ידי עזיבת אחד מבני הזוג (הל' מלכים פרק ט הלכה ח): "ואין הדבר תלוי בו לבד, אלא כל זמן שירצה הוא או היא לפרוש זה מזה פורשין". בישראל לפי זה התחדש שנוצר קשר שאי אפשר לפרק אותו אלא בגט, קשר מוחלט.

עיוני קידושין

נראה שמהות החיוב בקידושין, שלשיטת הרמב"ם הוא חיוב בעשה ובלא תעשה, הוא לייצר מציאות של קניין מוחלט ומשפטי לפני הקניין המעשי – יש לקנות את האשה בקניין קבוע וידוע לעולם, שפירוקו יכול להיעשות רק על ידי גט, וכל זה לפני שנושא אותה וכונסה לביתו.

יתאים הדבר למה שאסרו חכמים קניין על ידי ביאה (בגמ' קידושין יב, ובשו"ע אבה"ע סי' כו סעיף ד), שיש בה מימוש מסוים של חיי נישואין לפני קשירת הקשר, ואף שהתורה התירה זאת כאחת דרכי הקניין, חכמים ראו בזה חוסר הכנה. דרגה נוספת בעניין זה היא המקדש ללא שידוכים (בגמ' שם ובשו"ע שם), שזו חומרה נוספת של חכמים בהכנה.

ההכנה וקשירת הקשר המוחלט הקודם לחיי הנישואין נותנים בהם את הסדר והיושר, וזו הקדושה שמברכים עליה בשעת הקידושין את ברכת "מקדש ישראל" (רמב"ם אישות פ"ג הכ"ד).

ד. דברי רש"י ודיוני האחרונים

1) דברי רש"י

רש"י בתחילת המסכת כותב "האשה נקנית – לבעלה". וכן "וקונה את עצמה - להיות ברשותה להנשא לאחר". נראה שהיה חשוב לרש"י להדגיש שאנו עוסקים כאן בקניין מיוחד. אמנם הפרק הראשון במסכת עובר מהלכות הקניין של האשה לקניינים אחרים (עבדים בהמות שדות ומטלטלין אגב קרקע) אך אין זה אומר שכל הקניינים שווים. הצד השווה בכולם שיש כאן קניין, אבל האשה אין גופה קנוי לבעלה, והיא נקנית להיות אשתו.²

2) הנצי"ב: קניין לאישות, ומ"מ בדבריו

הנצי"ב (שו"ת משיב דבר חלק ד סימן לה) נשאל "בענין קנין אשה לבעלה, מה היא, ולמה ולאיזה תכלית נקנית". והוא משיב "דמן התורה הן אין לאיש על אשתו שום קנין כי אם לאישות בלבד, אבל זולת אישות אין לבעל שום קנין, ולכן אם נדרה ואמרה הנאת תשמישי עליך אינו צריך

² אחת הראיות שהאשה אין גופה קנוי לבעלה היא מלשון הגמ' (קידושין ו, ב): "ומה עבד כנעני דקני ליה גופיה כי א"ל הרי אתה לשעצמך לגמרי קא"ל אשה דלא קני ליה גופה לא כ"ש".

מהות קניין הקידושין: הקניין והאיסור

להפר, וכופה ומשמשותו, משום שלזה היא קנויה לבעלה. ודברים ברורים הם". "...הוא 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". מהות הקניין לפי הנצי"ב הוא שיעבוד לאישות.

השואל הקשה לנצי"ב, והרי בחייבי לאוין אסורה האישות, וההלכה היא שקידושין תופסים בחייבי לאוין, ואם כן איך אפשר לומר שהיא קנויה לו לאישות. מתרץ הנצי"ב שאכן בחייבי לאוין מרכיב הבעלות שבקידושין אינו קיים, אלא רק המרכיב האיסורי. כל המשמעות של קידושין בחייבי לאוין היא רק שלילת איש אחר.

לדברי הנצי"ב בכל קידושין, אילו היה רק המרכיב הקנייני היה עולה על הדעת "שאם יתן לה הבעל רשות להזקק לאחר הרי היא מותרת, כמו בעבד שהרשהו בעליו לעשות לאחר", ולכן מהות הקידושין כאיסור מונעים מחשבה זו, ואילו מרכיב הבעלות הוא המרכיב החיובי שבקידושין, ובחייבי לאוין אין את המרכיב הזה. בהמשך המאמר נראה עוד דגשים בשני מרכיבים אלה: הקניין והאיסור בקידושין.

היה אפשר לכאורה לומר שגם בחייבי לאוין הקניין במשמעות השעבוד לאישות קיים, אלא שהאיסור הוא כ'אריא דרביע עליה', ואין התר הלכתי לממש את הקניין הזה.

הנצי"ב גם מסביר בכך איך הייתה ה"א בגמ' שקידושין יתפסו באשת איש. למרכיב הקנייני לא הייתה ה"א כזו, שאי אפשר להקנות דבר קנוי, אבל למרכיב האיסורי שייך דבר זה. היינו חושבים שהאשה תהיה מקודשת לשני לעניין שאם ימות הראשון תהיה אסורה לעולם משום אשת איש של השני. היה לכאורה מקום לומר, כהמשך לשיטתו העיקרית של הנצי"ב שהקניין לאישות יכול להיות בנסיבות שהאיש הראשון אינו מתנגד לקידושי השני.

יש לשאול על דברי הנצי"ב, והרי השעבוד לאישות אינו חל מרגע הקידושין אלא מרגע החופה והנישואין. ואם כן איך אפשר לומר שעיקר הזכות שקונה הבעל באשתו היא הזכות לאישות, וזכות זו אינה נקנית בקידושין אלא בנישואין. היה נראה ליישב שהקידושין מחייבים את

עיוני קידושין

הזכות הזו, והיא מתממשת רק בנישואין, בדומה לשיעבוד נכסים שקונה המלווה בשעת ההלוואה כשזמן המימוש רחוק יותר.

אך כל זה היה נכון אם לא היה צורך בקניין נוסף ובהסכמה נוספת לנישואין. ודבר זה נסתר מדברי תוס'. **תוס'** (קידושין ה,ב ד"ה אף אני, כתובות ב, א ד"ה נשאת) כתבו שצריך את הסכמת האשה לנישואין. **המהרש"ל** (חכמת שלמה כתובות ב,א) מסביר שלא נטעה ונחשוב שאפשר להכניס אשה לחופה בעל כרחה: "הכא שכבר נתקדשה הוא אמינא שפיר נשאת אף בעל כרחה, קמ"ל (שלא)". ולפי זה קשה לכאורה לומר כנצי"ב שעיקר הקניין בקידושין הוא האישות.

אפשר ליישב קושיה זו לפי מה שהכתב **החת"ס** להסביר בדברי התוס', שאין הכוונה שלא ניתן לכופ את האשה להיכנס לחופה, אלא שצריך שבסיום הכפיה תהיה הסכמה שלה. חופה ללא הסכמה אינה כניסה לחיי נישואין ואין לה משמעות כזו, אבל בהחלט יש בקידושין התחייבות להיכנס לחופה.

כך כתב **החת"ס** (כתובות ב, א): "נשאת ליום הרביעי כ' תוס' דלא תנן נושאין דה"א בע"כ. אף על גב דהאמת כן כיון שנתרצית באירוסין כופין אותה להנשא לו היינו בשוטים או כמורדת וכדומה עד שתאמר רוצה אני ותכנס לחופה מרצונה. אבל אין מכניסין אותה לחופה בע"כ ואין הקנין מועיל"³. ההבנה היא שאשה שנכנסה בעל כרחה לחופה אינה נכנסת למצב הנישואין, אך אם כניסתה בסופו של דבר הייתה ברצון, יש כאן חופה.

ועי' בשו"ת **מהר"י וייל** (סי' קל"ז) שדן אם כופים אשה להינשא. עי"ש שכתב (בנידון שונה) "דאפילו לר"ת ויתר גדולים שכתבו שאין כופין אותו להוציא, הני מילי באשה הנשואה כבר דאין כופין להוציא אלא אותם השנויים במשנתנו, אבל אשה זו כיון שאינה נשואה לו כולו מודים דאין כופין אותה להנשא לו".

³ ראה בעניין זה של חופה בעל כרחה גם בשו"ת דברי יציב אבן העזר סימן עז.

מהות קניין הקידושין: הקניין והאיסור

אם ניתן לכופ אשה עד שתאמר "רוצה אני" להיכנס לחופה מכח הקידושין, ניתן לבאר את כלל עניין הקידושין כדרכו של הנצי"ב.¹

3) להורות נתן: קניין להיות מותרת לו ואסורה לעלמא

בעל "להורות נתן" (הרב נתן גשטטנר, חלק יג סימן ק) כותב שעיקר הקניין בקידושין הוא לא השיעבודים, כיון שכל השיעבודים הם מדרבנן. גם שיעבוד האישות לדעתו אינו ברור כי לדעת הרמב"ם (הל' אישות פי"ד ה"ח): "האשה שמנעה בעלה מתשמיש המטה היא הנקראת מורדת, ושואלין אותה מפני מה מרדה, אם אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי, כופין אותו להוציא לשעתו לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה, ותצא בלא כתובה". ודייק מכאן שגם שיעבוד זה אינו מהתורה. היה מקום לכאורה לומר שאף אם השיעבוד הוא מהתורה אין זה מגיע עד המצב של כפייה כזו.

לדעתו עיקר הקניין הוא באיסור לאחרים ובהיתר לו: "דקידושין עושה שני ענינים, חדא דעל ידי הקידושין היא נעשית מותרת לו, דבלא קידושין אסורה היא עליו משום לאו דלא תהיה קדשה מבנות ישראל, ועוד דעל ידי הקידושין היא נעשית אשת איש והבא עליה חוץ מבעלה חייב מיתת בית דין ואם רצה לגרש צריכה גט". כך מדייק הרב גם מדברי המאירי (קידושין ב, א): "האשה נקנית למקדש לענין שלא יהא אחר יכול לזכות בה ושאינה נותרת לשום אדם עוד בחייו אלא בגט, בשלש דרכים...".

היה מקום להבין שהאיסור הוא נגזרת מהמציאות של "אשת איש" ולא שהגדרת "אשת איש" כולה היא לגבי האיסור, וכן שהצורך בקידושין הוא לייצר קניין שמתיר את איסור הקדשה, ולא שמהות הקניין היא היתר איסור קדשה. הבנות אלה מטות לומר כהסבר הנצי"ב או כהסבר דלהלן.

¹ היה מקום להוכיח זאת מיבמה, שארוסה מתייבמת בעל כרחא, ואם כן אין צורך בהסכמה לנישואין כשהמדובר הוא בנישואי אה המקדש, וכל זיקתה לאח נובעת מקבלת הקידושין מהנפטר, ומכאן שקידושין מחייבים את הנישואין. למעשה דין זה הוא קושיא על דברי תוס' שצריך הסכמה לחופה. ואם נסביר את דברי התוס' ע"פ החת"ס, ניחא אפשר לדחות ראייה זו אם נאמר שהצורך במצוות יבום הוא כל כך גדול שראתה התורה לנכון שידחה את הצורך בהסכמת האשה.

4 ייקרא שמך עלי

הסבר נוסף שניתן להעלות הוא שמהות הקידושין היא שיוך מופשט, ללא זכויות משפטיות או ממוניות. דומה הדבר לנאמר בישעיהו (פרק ד פסוק א): "וְהִזְזִיקוּ שִׁבְעַ נְשִׁים בְּאִישׁ אֶחָד בַּיּוֹם הַהוּא לֵאמֹר... רַק יִקְרָא שְׁמֶךָ עָלַינִי". ור' במפרשים שם ובאיכה רבה (פרשה ה) שהוא עניין של נישואין. **האשה נקראת, על ידי הקניין, אשת פלוני**, ועל כך חל האיסור של אשת איש האמור בתורה. כיון שהיא קנויה לבעלה, אין יותר איסור קדשה בדבר. ניתן לומר שזו גם כוונת ה'להורות נתן', ודבריו הם התוצאה של הקניין והסימנים אליו.

ה. הקניין והאיסור בקידושין

ראינו לעיל שיש בקידושין שני צדדים: הקניין והאיסור. הדברים מתבטאים בכך שבתורה נושא הקידושין מופיע בפרשת כי תצא, ואילו איסור אשת איש הוא בכלל איסורי העריות שבחומש ויקרא. גם בדברי הנצי"ב מצאנו הבחנה כזו בין הקניין לבין האיסור, מהותם וגבולותיהם אינם שווים. כמו שביארנו לעיל, ההבנה הפשוטה ביותר היא שהמקדש אינו מחיל את האיסור אלא קונה, והאיסור הוא תוצאה של הקניין שמגדיר את האשה כאשת איש. להלן נראה שני דיונים בראשונים ובאחרונים שבהם מובחנים הצדדים השונים שבקידושין: הקניין והאיסור.

1) לשונות הקידושין ונפקא מינה ביניהם

בגמרא (קידושין ב, ב) בתחילת המסכת מבואר שיש הבדל בין לשון הקידושין של התורה ללשון הקידושין של חכמים. התורה קוראת לקידושין לקיחה וקניין, וחכמים קוראים לקידושין "קידושין". ההבדל מופיע בלשון המשניות. פרק ראשון נקרא "האשה נקנית". הקידושין נקראים בו כשםם בתורה: קניין. לעומת זאת פרק שני נקרא "האיש מקדש". הקידושין נקראים בו כשםם בפי חכמים: קידושין. "מעיקרא תנא לישנא דאורייתא ולבסוף תני לישנא דרבנן. ומאי לישנא דרבנן? דאסר לה אכולי עלמא כהקדש".

מהות קניין הקידושין: הקניין והאיסור

בתוספות (ב, ב ד"ה דאסר) שני פירושים ללשון "מקודשת לי". האחד הוא על פי הגמרא "דאסר לה אכולי עלמא כהקדש": לפי ההסבר הראשון "והרי את מקודשת לי, כלומר להיות לי, מקודשת לעולם בשבילי, כמו (גדרים ד' מח.) הרי הן מקודשין לשמים, להיות לשמים". הדגש בלשון הוא האיסור. מטרת האיסור היא להיות מיוחדת לבעלה, אבל הלשון הוא הרי את אסורה לכולם כדי להיות לי.

הסבר אחר כותבים תוס' לפי "פשטא דמילתא". לפי ההסבר השני גם לשון קידושין עיקרו קניין. "מקודשת לי, מיוחדת לי ומזומנת לי". אך תוס' מעירים שלשון הקידושין בכל מקרה כולל מרכיב איסורי. "ומיהו אם היה אומר טלית זו מקודש לי, אין נראה שיועיל, דגבי אשה במה דמתיוחדת להיות לו היא נאסרת לכל, אבל בכך וטלית לא שייך למימר הכי".

הדיון הזה שנראה לכאורה לשוני בלבד מתבטא בדיון בגמרא להלן. בגמרא (ז, א) נשאל לגבי האומר לאשה "חציך מקודשת לי", מדוע לא אומרים "ונפשטו קידושי בכולה" כמו שיש התפשטות קדושה בהקדש כך גם בקידושין.

וכתבו על כך תוס' (ז, א ד"ה ונפשטו) "...דקדק רש"י ופירש דהא 'מקודשת' בלשון הקדש קאמר לה, וכדאמר בריש פירקין דאסר לה אכ"ע כהקדש, שאדם עושה אותה כהקדש לפיכך יש להיות דינה כהקדש, אבל אם היה אומר 'מאורסת' או חד מהנהו לי שני דלעיל (דף ו.), על זה לא היה מקשה ונפשטו קידושי בכולה...". בהמשך הסוגיא (ז, ב ד"ה חציך), לגבי חציך בפרוטה וחציך בפרוטה כתבו תוס' "וי"ל דאי הוי מיירי דאמר לה בלשון קידושין אין ה"נ דהו פשטו קידושין בכולה, אבל הכא איירי דאמר לה הרי את מאורסת לי או בחד מהני לי שני דלעיל (דף ו.).". לשיטתם יש נפקא מינה להלכה בין לשון 'קידושין' לבין לשון 'קניין'. האומר בלשון קידושין יש בו פשטא קידושין בכולה (ודעת הרמב"ם והשו"ע אינה כך. ור' בבית שמואל סי' לא סקט"ו).

בקובץ שיעורים (קידושין אות נג) מבאר את יסוד ההבדל בין הלשונות:

"וי"ל, דבקדושין יש קנין ואיסור, והא דקדושין דומה להקדש הוא רק האיסור ולא הקנין, אלא שאפשר לומר שהמקדש עושה קנין והאיסור

עיוני קידושין

הוא בתולדה מכח הקנין, או להיפוך, שעושה האיסור, והקנין נמשך מהאיסור, ונ"מ לענין פשטה בכולה, דלא שייך רק בהאיסור ולא בהקנין, אלא דממילא כשהאיסור מתפשט נמשך הקנין מהאיסור, וזהו טעם חילוקם, דכשמקדש בלשון קדושין הוא עושה האיסור, ובזה שייך פשטה בכולה, וממילא נעשה הקנין, אבל אם מקדש בלשון את אשתי הוא עושה הקנין, והאיסור הוא מכח הקנין, ובקנין לא שייך פשטה ואינה מקודשת כלל, אבל במקדש לזמן, כיון שעכ"פ נתקדשה באיזה לשון שהוא, הרי כבר יש בה שני הדברים קנין ואיסור הדומה להקדש, וכיון שחל האיסור שעה אחת תו לא פקע".

מדבריו נראה שיש שתי דרכים בקידושין: לעשות את הקנין וממנו יחול האיסור, ולהחיל את האיסור וממנו יחול הקנין. לכאורה נראה כנ"ל, שהחתן בכל אופן פועל את הקנין ועל כך חל האיסור שבתורה, אך הכוונה כנראה לסגנון הפעולה של הקידושין, האם הוא בא בדגש על האיסור או בדגש על הקנין.

2) מדוע אין קידושין תופסים באשת איש?

עוד דיון ששייך לנושא זה מצאנו בדברי האחרונים על השאלה מדוע אין קידושין תופסים באשת איש (כמו שראינו לעיל בדברי הנצי"ב). בגמרא (סז, ב) לגבי הכלל שאין קידושין תופסים בחייבי כרתות מצאנו "אשת איש נמי איכא למיפרך, מה להנך שכן אין לה היתר בחיי אוסרן תאמר באשת איש שיש לה היתר בחיי אוסרן". הוא אמינא בגמרא שיהיו קידושין תופסים באשת איש. ולכאורה אם המדובר בקנין, כיצד יתכן שיוכל המוכר למכור דבר אחד לשני קונים?

הבית שמואל (סימן מד ס"ק ט"ו) כתב שאם אדם קידש חציה שפחה וחציה בת חורין המקודשת לאחר, כל עוד לא השתחררה, אין קידושיו קידושין, כיון שצד הבן חורין שבה כבר מקודש לראשון. והקשה **האבני מילואים** (סי' מד ס"ק ד) על דבריו, שמהגמרא רואים שגם באשת איש גמורה לא היו תופסים קידושין אם לא שיש בה כרת, וכיון שבחציה בת חורין אין כרת, הקידושין צריכים לתפוס בה.

מהות קניין הקידושין: הקניין והאיסור

כך הקשה גם על בעל "פני יהושע" (בגיטין מג), שכתב שאין קידושין תופסים בשפחה כזו, ולכן לא משכחת לה אשת שני מתים, "דהא דקי"ל בעלמא קידושין תופסין בחייבי לאוין היינו חייבי לאוין דעלמא אבל ע"י קידושין בלא"ה לא משכחת קידושין אחר קידושין, דכיון שתופסין קידושין ראובן הרי היא ברשותו ואין לה יד לקבל קידושין מאחר". וכתב עליו הקצות שנעלמה ממנו הסוגיא הזו בקידושין.

וראה במרחשת (חלק ב הערות סימן יט) שכתב לתרץ קושייה זו של בעל הקצה"ח שההר"א בסוגיא בקידושין סז שקידושין יתפסו באשת איש היא רק לגבי קידושין לשנים בבת אחת ומשום 'כל שאינו בזה אחר זה אפילו בבת אחת אינו', אך לקדש אשה מקודשת ודאי שאי אפשר גם לולי הא דאין קידושין תופסים בחייבי כרתות. הנצי"ב המובא לעיל כתב שלא הייתה ה"א בגמ' שקידושי השני יחולו אלא לעניין שאם יגרש הראשון תהיה אסורה משום קידושי השני. ועל דרך מה שכתב הנצי"ב ניתן לומר שהנידון בגמ' הוא להיכא שהסכים בעלה שקידושי השני יחולו, שאז מבחינת קניינו אין מניעה ורק מצד איסור הכרת לא יחולו הקידושין.

וראה גם בשו"ת הרע"א (סי' קעא) שכתב שבחציה שפחה וחציה בת חורין, הא דאין חייבים עליה מיתה אינו משום שקידושיה אינם גמורים, אלא משום שהבא עליה אינו פוגש רק את הצד המקודש שבה. ולפי דבריו ניתן לומר שבחציה המקודש לאחד יש גם איסור כרת ואין בו תפיסת קידושין.

למדנו שעניין הקניין והאיסור מהווים שתי דרכים בשאלה למה אין קידושין תופסים באשת איש – יש שנימקו זאת בכך שהאשה כבר מקודשת לאחד, כדברי הפני יהושע, ויש שתלו זאת דווקא בחומר האיסור, כדברי האבנ"מ.

ו. סיכום

ראינו את פסוקי התורה ואת דברי הרמב"ם בהבדלים שבין הנישואין בבני נח וקודם מתן תורה לבין הקידושין בישראל. בישראל יש צורך בקניין מוחלט (ואולי גם מופשט) לפני הנישואין הממשיים, וזו לשיטת הרמב"ם מצוות עשה ולא תעשה.

עיוני קידושין

במהות הקניין בחנו שלש דרכים: קניין לאישות, קניין להיתר לו ולאיסור לעולם, וקניין של "יקרא שמך עלי". ולבסוף ראינו דיון האם יש חילוק בלשונות השונים של קידושין וקניין, וכן האם אי תפיסת הקידושין באשת איש נובעת מהקניין או מהאיסור.