משמעות הקניין בקידושין

הרב צבי יהודה דרור

א. הקדמה

ב. קניין ממוני – שיטת הנצי"ב

ג. ראיות וסתירות מהראשונים

ד. יחסי גומלין בין הקניין לאיסור

ה. קניין איסורי כרשות

ו. קניין כגמירות דעת

ז. ראיות וקשיים בהבנת הקניין כגמירות דעת

ח. קניין כקשר

ט. ראיות לקניין כקשר

י. קניין כסף כמתנה מקשרת

יא. מקורות בפנימיות לקניין כקשר

יב. קניין כמציאות

יג. קניין קידושין כמציאות

יד. ראיה ופתרון הסתירה בראשונים

טו. קדושת הבית - גוף ועצמיות

א. הקדמה

בשפה שלנו כשאדם אומר את המילה קניין הוא מתכוון בדרך כלל לשליטה על ממון, בדרך כלל – חפץ כסף או זכות ממונית. לקנות = להעביר ממון מבעלות אחת לבעלות אחרת. לכן כשאנחנו קוראים בתחילת קידושין את המילים "בשלשה דרכים האשה נקנית", עולה השאלה האמנם האיש קונה את האשה.

אמנם, בעולם הקדום היו מצבים בהם גברים היו קונים נשים, אך מעבר לתהום הפעורה בין הברבריות הזו ובין עם ישראל ותורתו, גם מבחינה הלכתית ברור שאין שום הקשר כזה לקניין אשה: איש אינו יכול למכור את אשתו למישהו אחר, אינו יכול להוריש אותה, אין לו שליטה על גופה, הוא אינו יכול להקדישה או לפעול כל פעולה אחרת המבטאת בעלות. וכבר נאמר "וְהָיָה בַּיּוֹם הַהוּא נְאֻם ה' תִּקְרְאִי אִישִׁי וְלֹא תִקְרְאִי לִי עוֹד בַּעְלִי" (הושע פרק ב, יח).[1]

ננסה לעיין ולהגדיר אם כך מדוע התורה קוראת לקידושין קניין שהאיש קונה את האשה, ומה משמעותה של ההגדרה הזו והמכנה המשותף בין קניין אשה לקניינים אחרים.

ב. קניין ממוני – שיטת הנצי"ב

הגמרא בנדרים (פא, ב) אומרת שאשה שנדרה שבעלה לא יהנה מתשמישה, אין הנדר חל, משום שהיא משועבדת לבעלה לתשמיש. בעקבות זאת הנצי"ב (משיב דבר ד, לה) כותב:

> 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, דאי מצד שקנויה היא לבעלה היתה נחשבת כגזלנות אם היתה נותנת דודיה לאחר, ולא יותר, וכמו עבד שעשה מלאכתו לאחר בשעה שהיה לפניו מלאכת אדוניו שאינו אלא כגזלן, ותו היה עולה עה"ד שאם יתן לה הבעל רשות להזקק לאחר הרי היא מותרת כמו בעבד שהרשהו בעליו לעשות לאחר, מש"ה היא מקודשת שאין לה פדיון אלא בגט או

[1] ובאדרת אליהו דברים פרק כא, יג: "וזה אמרו כאן תבוא אליה. הוא מעשה אישות. ובעלתה. שיהיה לה לבעל שהיא חייבת לעשות מלאכתו. ולקחת לך לאשה. שמחוייב בשארה וכסותה ועונתה. ואמר ובעלתה. כי אמר ר"א מימי לא קראתי לאשתי אשתי אלא ביתי. מפני שלקיחת אשה הוא לשני דברים. לשם אישות, ולשם גברת ועקרת הבית ולכן לא קרא אותה אשתי לשון מגונה אלא ביתי לכוונה השניה וזהו אומרו והיה ביום ההוא תקראי אישי ולא תקראי לי עוד בעלי והסירותי את שמות הבעלים מפיה כי עבודת ה' יתעלה הוא בעבור שני דברים האחת בעבור טובו וחסדו שנותן לחם לכל בשר. השני בעבור אהבתו כאהבת איש ואשה וכמשוש חתן על כלה לכן אמר תקראי אישי בעבור אהבתו תעבוד אותו ולא תקראי לי עוד בעלי בעבור השפעתו כי בעבור זה הטעו אחרי הבעלים שאמרו שהם נותנים להם לחמם ומימם".

> במיתת הבעל ואי משום הקדש לא ידענו שהיא מחויבת וקנויה לבעלה ולא ידענו אלא שהיא אסורה לאחרים ע"ז אמרינן שהיא קנויה לבעלה.

הנצי"ב מחדש בדבריו שני חידושים. החידוש העיקרי הוא – שמשמעות הקנין בקידושין זה קניית זכותו של הבעל לבא על אשתו. החידוש השני היא ההבחנה בין הקניין ובין הקידושין, הקנין מתייחס לזכות הביאה של הבעל, והקידושין לאיסור הביאה על אחרים. החלוקה הזו מתבססת על לשון הגמרא בתחילת המסכת, אבל היא גם מציבה את שתי התופעות כעצמאיות, שאינן תלויות זו בזו, מה שהופך את הקניין לקניין ממוני לכל דבר ועניין.

בדברי הנצי"ב צ"ע, ראשית – אם מדובר בתופעה ממונית לכל דבר ועניין, מה הדין אם אדם קונה אשה מבלי לקדש אותה, האם היא משתעבדת לעניין ביאה? מלשון המשנה משמע שהאפשרות היחידה שהאשה תקנה את עצמה היא בגט או במיתת הבעל, ופעולות שקשורות לדעת הנצי"ב לקידושין. משמע – אין קניין ממוני ללא קידושין. כמו כן, אם ראובן קונה ומקדש את לאה לאשה, ומוכר את זכותו לבוא עליה לשמעון, גם אם נאמר שלשמעון אסור לבוא עליה, עדיין היה עלינו לומר שראובן אינו יכול לבוא על לאה ללא רשותו של שמעון. ומדוע לא תוכל גם האשה לקנות מבעלה את הזכות לביאה, כך שאמנם תהיה אסורה על כל העולם עד שתקבל גט, אך תחשב בכך דרך חדשה שבה היא קונה את עצמה.

נקודה נוספת שצריך לציין היא, שבשעת קניין קידושין האשה מאורסת לבעלה, ואסורה עליו. לפי זה כיצד אומר הנצי"ב שהאיש קונה בקידושין את הזכות לביאה. אמנם איסור זה לרוב הדעות מדרבנן, וייתכן לפי זה שמדאורייתא זכות הביאה של בעלה היא עוד בעת האירוסין, אבל גם מדאורייתא המבנה של האישות הוא שלאחר הלקיחה שבאירוסין יש נישואין, והזמן שבו האיש בא על אשתו הוא זמן הנישואין.[2] כך בלשון הרמב"ם בתחילת הלכות אישות:

> קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק אם רצה הוא והיא לישא אותה מכניסה לביתו ובועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאשה, כיון שנתנה תורה נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אשה יקנה אותה תחלה בפני עדים ואחר כך תהיה לו לאשה שנאמר "כי יקח איש אשה ובא אליה.

[2] כך בדין נדרים - במדבר ל, פס' ז ופס' יא + רש"י על הפסוק ומשנה נדרים י, א; ביוצאי הצבא - ארש אשה ולא לקחה - דברים כ, ז; בדין נערה המאורשה - שם כב, כג; בקללות "אשה תארש" שם כח, ל; בדיני טומאה לכהן להיטמא לה - ספרא אמור פרשה א, ד; סוטה - משנה סוטה ד, א; במחזיר גרושתו - בבלי יבמות יא, ב "דתניא ר' יוסי בן כיפר... לרבות סוטה".

מלשון הרמב"ם ברור שהשלב השני הוא השלב שבו הביאה אמורה להתרחש, וכך מלשון הכתובים, ואם כן הגדרת הקניין הראשוני כקניין על זכות הביאה תדרוש הבנה שקניין הקידושין הוא על הביאה שתתרחש בנישואין. אמנם, גם זה צריך עיון, שהרי מלשון הגמרא בקידושין (ה, א – ב), ובכתובות (נו, א) משמע שיש קניין מיוחד לנישואין ע"י חופה. כנראה לדעת הנצי"ב יש שני שלבים באישות, כבר בשלב הראשון נקנית זכות הביאה, אבל זכות הביאה של הנישואין קובעת שלב וקניין לעצמה.

אמנם, הדמיון של קניין אישות לקניין ממוני עולה מתוך המשנה המציבה את הקניינים באותו פרק כרצף אחד, בגמרא נלמד הקניין מקניין שדה, ובפרטי הדינים אנו רואים השוואה, למשל כשהגמרא משווה קידושין במלווה למכר במלווה, או לדוגמה תוספות (קידושין ז, א ד"ה אם כן) שלומד את הדין שאין קניין שדה אגב מטלטלין מכך שאשה אינה נקנית אגב מטלטלין, ואת הדין שאשה אינה נקנית בפחות משווה פרוטה מכך ששדה אינו נקנה בפחות משווה פרוטה (שם יג, א ד"ה כשם). משמע שקנין אישות דומה במהותו לקניין ממון.[3]

ג. ראיות וסתירות מהראשונים

ולכאורה הדבר תלוי במחלוקת בין רי"ף ורשב"א ובין הרמב"ן בגיטין כתבו שיש לחלק בין קניין אישה לקניין ממון, ואפילו אם מדובר בקניין לעניין זכות הביאה. הרי"ף בגיטין לומד מכך שמקבלים גט הבא ממדינת הים כשהבעל אינו נמצא באותו מקום, ולא טוענים שמא הגט מזויף, שגם שטר חוב המגיע למקום שהלווה אינו נמצא בו, גובים ולא טוענים שמא הוא מזויף. רשב"א חולק על רי"ף וכותב (רשב"א גיטין ט, א):

> דשאני הכא דדילמא משום עגונא אקילו ביה, וא"נ שאני הכא דלא מגבינן מיניה דבעל מידי אלא איפקועי ממונא הוא ושמא בהפקעת ממון לא מצרכינן ליה לקיומי שטריה אלא אם בא בטענת בריא.

מרשב"א משמע שהוא מסכים עקרונית עם רי"ף שיש להשוות את הגט לגביית חוב, אלא שהוא מחלק ביניהם משום הצורך להקל באשה או בגלל שיש חילוק בתוך דיני ממונות בין גבייה להפקעה. בכל מקרה – הוא משווה קניין ממוני לקניין אשה. לעומת זאת רמב"ן מחלק מהותית בין הקניינים (חידושי הר"ן שם):

[3] ואכן דין דומה למה שכותב הנצי"ב מצאנו אצל בני נח, שבהם יש שני איסורים – איסור אשת איש, ואיסור גזל אשת חבירו, עיין רש"י סנהדרין נז, א ואבן האזל אישות א, א.

והרמב"ן ז"ל כתב שאין אלו ראיות דממתניתין ליכא למימר לפי שאין אשה זו ממונא של בעל אלא ברשות הבעל הוא להנשא.

אלא, שהרשב"א עצמו כותב בשם הראב"ד שאין שום קניין ממוני שהבעל מקבל כשהוא קונה אשה. הוא אומר זאת כשהוא דן במי שמקדש במלווה, כשהגמרא אומרת שאם הבעל מוסיף זמן לפרעון ההלוואה תמורת קידושין יש בזה ריבית הוא כותב (רשב"א קידושין ו, ב):

ואיכא למידק מ"ש ד' בה' דקא יהב לה האי טופיינא בקדושיה ומ"ש כי ארוח לה זימנא בקדושיה הכא והכא אתתא הויא ליה ברבית מלותו אטו מאן דארווח זימנא ושקיל דינר מי שרי, וי"ל כיון דגופה ממש לא קני ליה לא הוי רבית.[4]

כלומר – מדוע לא נאמר שגם כשיש פעולה פשוטה של קידושין תמורת הלוואה אין בכך ריבית, הרי הבעל מקבל תמורה ממונית להלוואתו. תשובת הרשב"א היא – האשה לא נקנית למלווה ולכן אין כאן ריבית. משמע מדבריו שאין שום רווח ממוני לבעל כשהוא מקדש לו אשה.

ובמקביל מדברי הר"ן בנדרים (צ, ב) בשם אחרים משמע שיש להשוות קניין אשה לקניין ממון. הר"ן דן מדוע לא נאמנת אשה לאסור את עצמה לבעלה בטענה שהיא נבעלה לאחר, וכותב:

דמדינא ודאי אין האשה נאמנת לומר טמאה אני לך להפקיע עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו.

ובאופן דומה הוא כותב (על ר"ף קידושין ב, א) שספק קידושין דומה לספק ממון:

דאפשר דמדאורייתא שרי' משום דאיכא למימר העמד אשה על חזקתה דמאי שנא מכל תיקו דממונא דאמרינן ביה העמד ממון על חזקתו והסכימו בו כל גדולי האחרונים ז"ל שאפי' תקפו תובע מוציאין אותו מידו הכא נמי מדינא אית לן למימר הכי ושתהא מותרת להנשא.

משמע שמושגי קניין קידושין דומים לקניין ממון שלא ניתן להוציאו אלא בשני עדים לפי הכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה" (ב"מ ב, ב ורש"י ד"ה עליו הראיה). ואכן, כשהגמרא דנה ברמת הראיה הנדרשת לעדות בדבר שבערווה היא לומדת זאת מממון (קידושי סה, ב).

[4] וראה אבני מילואים מב, א, שהביא את דבריו כראיה לעניין זה.

ראיה אחרת לדברי הנצי"ב אפשר למצוא בדברי עולא (קידושין ה, א): "דבר תורה, ארוסה בת ישראל אוכלת בתרומה, שנאמר: "וכהן כי יקנה נפש קנין כספו", והאי קנין כספו הוא".

ומסביר תוספות הרא"ש: "והאי קנין כספו היא. כיון שמושל עליה ומשועבדת לו מיקרי קנין כספו אפילו קנאה בשטר ובביאה".

ד. יחסי גומלין בין הקניין לאיסור

מעבר לדיון בשאלה האם הקניין ממוני, יש קושי בהפרדה בין הקניין לאיסור, כלומר הטענה של הנצי"ב שיש חלות נפרדת של קניין ממוני בזכות הביאה ואיסור על כל העולם. לדעת הנצי"ב, יחד עם הקניין חל איסור, וכבר שאלנו על כך – מדוע לא ניתן להחיל את הקניין לבדו בצורות שונות. אבל מעבר לכך יש ראיה מהגמרא, שגם אם יפקע הקניין, האיסור ימשיך לחול משום שהם כרוכים זה בזה.

הגמרא בנדרים (כח, א) דנה במי שמקדיש נטיעות עד שיקצצו, וקובעת עיקרון – "קדושת הגוף בכדי לא פקעה", כלומר – גם אם ההקדשה מלכתחילה הייתה לזמן מוגדר עד שיקצצו הנטיעות, היא לא פוקעת בלי פדיון. הגמרא משווה זאת לקידושין – כשם שאיש המקדש אשה לזמן מסוים, אף אם עבר הזמן היא אינה יוצאת בלא גט, כך גם כאן.

מדברי הגמרא משמע, שהגבלת הקניין מראש לא תועיל והאיסור יתפוס בגוף האשה עד שיהיה גט. מוסיף על כך הקובץ שיעורים (חלק ב סימן כז) כשהוא דן בדברי הגמרא (קידושין יג, ב) על כך האשה קונה את עצמה במיתת הבעל. הגמרא אומרת שפקיעת הקניין במיתת הבעל היא סברה, והקובץ שיעורים מקשה על כך – אם הקידושין אינם יכולים לפקוע בעצמם, מדוע מיתת הבעל תפקיע אותם?

הקובץ שיעורים מגיע למסקנה המתבקשת שההו"א בגמרא היא לפי העיקרון שגם הנצי"ב אמר: יש קנין, וע"י הקניין חל איסור. ברגע שהקניין פוסק – האיסור פוסק. אמנם, מסקנת הגמרא אחרת – הקניין מחיל איתו איסור, אבל האיסור אינו פוסק ברגע שהקניין פוסק כי איסור אשת איש דומה לאיסור עריות שאינו פוקע גם לאחר שהגורם לאיסור (לדוגמה אשת אח ומת האח) מת.

מדברי הגמרא בקידושין ובנדרים עלינו ללמוד שהקניין והאיסור הם שני דינים הכרוכים זה בזה: הקניין יוצר איסור על כל העולם שממשיך גם כאשר הקניין עצמו מפסיק. ההבחנה בין הקניין עצמו ובין האיסור מופיעה בגמרא, ונראה שלשיטה זו גזרת הכתוב גרמה שכאשר אדם קונה את זכות הביאה, כתוצאה מכך חל איסור.

ה. קניין איסורי כרשות

הרמב"ן (קידושין טז, א[5]) טובע ביטוי חדש בקניין עבד עברי:

> כך נראה לי דכיון דשני קנינין הן בעבדות, אחד קנין ממון והוא קנין דמעשה ידיו, ואחד קנין איסור שהוא אוסרו בבת ישראל ופוטרו ממקצת מצוות וקנין הגוף הזה הוא המצריכו גט חירות ואינו נפקע בדיבור, דומה לקנין אישות שהוא צריך גט להתירו, וממנו הוא למד.

החידוש של רמב"ן מלמד אותנו אפשרות חדשה להתבונן בקניין קידושין – מדובר בקניין איסורי ולא בקניין ממוני. הרב אלישיב (הערות קידושין ב, א) מדייק כשיטת רמב"ן בדברי ר"ן:

> מתניתין האשה נקנית וכו'. כתב הר"ן נקנית לבעלה להצריכה ממנו גט, וצ"ב הא נקנית להיות אשתו, ומה פירש הר"ן דכל הנפק"מ להצריכה ממנו גט, ונראה דלשון נקנית קשיא לי' דהרי זכויות ממוניות ליכא מדאורייתא לבעל באשתו, ואפילו הזכויות שיש לבעל באשתו זהו רק לאחר הנישואין אבל לא בקידושין, וא"כ לשון נקנית אינו מכוון, לזה פירש הר"ן דאין הכוונה לקנין ממוני אלא קנין איסור דהיינו שהיא תצטרך ממנו גט וזהו משום האיסור שבה.

אמנם, המושג קניין איסורי דורש הסבר וכי מצאנו שכדי שיחול איסור צריך קניין? ומדוע שיתוף השם בין קניין שמשמעותו מעבר של ממון כחפץ או שדה בין אדם לאדם, לחלות של איסור אשת איש באשה?

אם נתבונן נוכל לראות שבאיסור אשת איש אכן יש חידוש שאין אותו במקומות אחרים, ויש אותו בעבד עברי ובאשה. עבד עברי נאסר בבת ישראל בעקבות עסקה בינו ובין האדון שקונה אותו. אשה נאסרת על כולם בביאה בעקבות הסכמתה להתקדש. אנחנו מכירים מצבים שבהם כשאדם בא להחיל איסור היכן שאין לו רשות האיסור לא חל. בהלכות עבודה זרה או הקדש למדנו: "אין אדם אוסר דבר שאינו שלו" (ע"ז נד, ב; ב"ק סח, ב).

ייתכן שבאור דברי רמב"ן ולפי זה באור הקניין בקידושין הוא שהצורך הסכמה דורש קניין שבו האשה תתן לאיש את הזכות לאוסרה בביאה על כל העולם. יש כאן קניין שתופס את רשותה של האשה לעניין מסוים, אבל אינו מעביר שום ממון לידו של האיש. כמו בכל קניין תהיה כאן מוחזקות – כפי שראינו בחלק מן הראשונים, אבל היא לא תחשב ממון. הגישה הזו

[5] ותודה לרב דוד מנשה שליט"א שהראה לי את דבריו.

גם תתאים לתפיסה שיש שני שלבים לקידושין קניין ואיסור, ומאידך תבהיר מדוע לקניין אין השלכות ממוניות, ומדוע הפקעת הקניין או ניסיון למכור אותו לאחרים לא ישנו את האיסור שכבר חל.

הקושי בשיטה זו נעוץ במרכזיות הקניין במושגי האישות. אם מדובר רק ברשות כדי שתחול האישות מדוע יש לקניין תפקיד כל כך מרכזי. אפשר להבין במשנה שכאשר האשה קונה את עצמה בגט ומיתת הבעל, היא בעצם מקבלת בחזרה את הרשות לתת לאחרים לאסור אותה, אך מדוע יבום נחשב קניין, הלא הוא חל גם בעל כרחו של האיש ובעל כרחה של האשה (משנה יבמות ו, א). מדוע החופה נחשבת קניין לאחר שהאשה כבר אסור מהאירוסין באיסור אשת איש, ולא חל עליה מעתה איסור נוסף. ביחוד – כשמהגמרא (קידושין ה, ב) משמע שהחופה היא קניין שגומר את קניין הקידושין.

ו. קניין כגמירות דעת

אם נחזור להנחת היסוד של המאמר, שקניין הוא העברת ממון או חפץ מיד ליד, אין זה ברור שמדובר בהגדרה נכונה. למשל, המשנה בתחילת פרק רביעי של ב"מ אומרת: "הזהב קונה את הכסף והכסף אינו קונה את הזהב".

הגמרא שם מבארת שהמשנה עוסקת בעסקה של תשלום תמורת מוצר. בעסקה כזו חייב להיות רגע 'אל חזור', שממנו ואילך העסקה חלה, ואף אחד מן הצדדים אינו יכול לחזור בו ללא הסכמת השני. ההלכה היא שמשיכה קונה. כלומר – אם הקונה נתן את הכסף ועדיין לא קיבל את המוצר הקניין עדיין לא חל, אבל אם הוא קיבל את המוצר ועוד לא שילם – הקניין חל. בעסקה של זהב וכסף, לא ברור מה המוצר ומה התמורה, והמשנה קובעת – הזהב הוא המוצר, והכסף תמורה.

לפי זה, קניין אינו העברת המוצר, שהרי אם כך הזהב נקנה על ידי הכסף, הקניין גם אינו העסקה בכללותה של העברת מוצר וכסף, שהרי אם כך גם הזהב וגם הכסף נקנים, אלא הקניין הוא נקודת ה'אל חזור' שבה התבצעה העסקה. לכן הזהב קונה.

הביטוי שבו משתמשים האחרונים להגדרה הזו בקניין הוא 'גמירות דעת'. הקניין הוא הרגע שבו הקניין חל, והוא ביטוי לכך שמה שסיכמו הצדדים - מנוי וגמור שמכאן ואילך הוא חל.

נביא שלשה מגדולי האחרונים שאומרים זאת. ערוך השולחן (חו"מ קצח, א) כותב:

> דבר תורה מעות קונות [...] אבל חכמים תקנו מפני תקנת הלוקחים כמו שיתבאר שלא יקנו המטלטלים במעות אלא במשיכה ומסירה והגבהה [...] ואין זה כעקירת

דבר מן התורה דהרי בקניינים יכולים הסוחרים להנהיג ביניהם איזה קניין שירצו כמו שיתבאר בסימן ר"א דאין זה מהמצות שחובה לעשות כך ועיקר הקניין הוא סמיכת דעת הלוקח והמוכר לגמור הקניין ולכן אסמכתא לא קניא אף שהיה קניין גמור מפני שלא גמרו בלב שלם לקנות ובכל מה שהורגלו לעשות קניין סמכה דעתם בזה ולכן מפני תקון העולם אמרו רבותינו ז"ל דמשיכה בלבד קונה או הגבהה או מסירה ולא מעות.

באופן דומה כותב החזון איש (חו"מ סי' כ"ב בשם אביו רבה של קוסובה):

כלל גדול יהי' לך בקנינים, דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו, וחבירו יסמוך דעתו עליו, ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקנינים המפורשים מן התורה או מחז"ל, ודוק היטב בה והפוך בה דכולה בה, דוק בש"ס ופוסקים ותמצא כן.

אף החזון יחזקאל ר' יחזקאל אברמסקי זצ"ל כותב כך בקובץ מאמרים (עמ' ח – ט):

הלכה החותכת שבמעשה קנין זה נגמר המקח או המתנה, **פועלת על הפסיכולוגיה של בני אדם, שהם מתייחסים אל פעולה כזו ברצינות ובכובד ראש**, ובעשותם ככה הם גמורים בדעתם שהמדובר ביניהם שריר וקיים [...] תוקף מעשי הקנינים נתאשר על ידי מנהג התגרים. הם הבחינו בראשונה מעצמם בתור אות ומופת שהמשא ומתן הגיע אל תכליתו, והדבר הנמכר חלוט הוא מעתה אל הקונה, ואותן הפעולות שהנהיגו בני אדם בתור כח פועל בהעברת הרכוש מאיש אל רעהו, קבעתן ההלכה כמעשה קנין משפטי שאין אחריו כלום. "וזאת לפנים בישראל על הגאולה ועל התמורה שלף איש נעלו ונתן לרעהו וזאת התעודה בישראל" (מגילת רות). הכתוב משמיענו: כי לפנים נהגו בישראל על קיום הגאולה והתמורה שלף איש נעלו ונתן לרעהו "וזאת התעודה בישראל", ומנהג זה נעשה תעודה בישראל [...]

הקנינים היותר חשובים תחילתם מנהג וסופם הלכה. במקצוע זה המנהג והדין יש להם הרכבה פנימית, וכל מעשה קנין שהחזיקו בו התגרים כקשר של קיימא חוק הוא בישראל ומשפט ביעקב. וכן המה הדברים בתלמוד ירושלמי: "בראשונה היו קונים בשליפת המנעל, הדא הוא דכתיב וזאת לפנים בישראל על הגאולה ועל התמורה שלף איש נעלו ונתן לרעהו. חזרו להיות קונים בקצצה. מהו בקצצה? בשעה שהיה אדם מוכר שדה אחוזתו היו קרוביו מביאין חביות וממלאין אותן קליות ואגוזין ושוברין לפני התינוקות, והתינוקות מלקטין ואומרין נקצץ פלוני

מאחוזתו. ובשעה שהיה מחזירה לו היו עושין כן ואומרין חזר פלוני לאחוזתו. חזרו להיות קונים בכסף בשטר ובחזקה. בכסף – שדות בכסף יקנו זה הכסף. וכתוב בספר וחתום אלו עדי השטר והעד עדים אלו עדי חזקה" (ירושלמי קידושין פרק ראשון הלכה ה').

גם קנין כסף או קנין משיכה שאנו למדים מן הכתוב, התורה גילתה לנו שהצדדים בעשותם ככה, אות היא ביניהם שגמרו בדעתם שהעסק שריר וקיים.

הרבה מנהגים של קנינים חברתיים טבע עליהם המשפט העברי את חותמה של ההלכה, והשליטם בכל חומר הדין כאלו נכתבו בתורה. יען שכל מעשי הקנינים אינם אלא הבטוי העליון של "השקלא וטריא" ומסקנת הדברים שנדברו בין הצדדים שהכל ביניהם תם ונשלם [...]

כל עיקרו של מעשה הקנין אינו אלא שהוא סימן חיצוני של אותו רצון הפנימי. ובטוי גמר דעת של המוכר והקונה הנותן והמקבל מכח אל הפועל. ואם מהות העסק מוכיחה, שהבעלים רוצים בקיומו ומעונינים בהגשמתו במוקדם היותר האפשרי, אז מאמר הצדדים לבד מקיימו, אף כי שלא נכתב הדבר בספר המקנה, ולא פעלו בו פעולה פורמלית אחרת.

לפי זה אפשר לבאר בפשטות שאכן קניין איננו קשור כלל לממון. קניין הוא פעולה שמשמעותה חלות העניין. כשמדובר בממון – העסקה הממונית חלה משעת הקניין, ועכשיו העניין חלוט והצדדים אינם יכולים לחזור בהם. כך גם כשמדובר בקידושין – החלטת האיש והאשה להתחתן קבועה מאותו רגע ויותר לא ניתן לחזור בהם. ממילא אין צורך בחיפוש אחר קשר בין קניינים לממונות, יש קניין בממון, ויש קנין קידושין. הצד השווה שבהן – שבשניהם מדובר על פעולה הקובעת שמאותו רגע מה שהוסכם בין שניים החל להתקיים.

באופן הזה אנחנו יכולים להבין גם את המושג קניין איסורי שהופיע ברמב"ן – כיון שהאיסור תלוי בהחלטה של האיש והאשה, ממילא יש צורך במעשה קניין מוסכם שכשהוא מתרחש הקידושין חלו. הגדרת הקידושין כקניין נובעת מכך שמדובר במעשה שיש בו גמירות דעת שמראה את חלות הקידושין. ואכן כך מבאר השרידי אש (א, פד) את קניין קידושין. הוא עוסק בהסבר מדוע אשה אינה נקנית בחליפין וכותב:

בקנין אשה לא שייך פרעון, ובע"כ קנין הכסף הוא רק סמל לקנין, ולהכי בעי שגם שווה כסף יהיה דומה לכסף בתכונתו. וזהו טעמו של רב יוסף בלישנא קמא, דצריכי שומא כדי שיוכל לעמוד במקום כסף, וזה דרוש רק בקידושין, שקנין הכסף הוא רק סמל לקנין [...] ומטעם זה אין אשה נקנית בחליפין, שאין האשה חפץ שמתחלף בדבר אחר. האישות הוא ענין של איסור וקדושה והכסף הוא סמל של קנין לאישות, אבל חליפין דומה למשא ומתן, חילוף דבר בדבר, וזה הוא גנאי לאשה.

ז. ראיות וקשיים בהבנת הקניין כגמירות דעת

הקושי בהבנה שקניין הוא גמירות דעת, מתחיל כשמתבוננים בסוגיות הרבות שבהם המשנה הגמרא והראשונים דנים כיצד חלים הקנייינים – החלוקה בין מטלטלים קרקע עבדים וכו', החלוקה בין קניין אגב כסף משיכה שטר וכו', דקדוקי ההלכות שבשאלות כגון קניין במטבע דווקא אם קונה ע"י קניין כסף ולא בקניין חליפין, או אופנים שונים של קניין חצר, כל אלו מלמדים שיש מהות וסברה בחלויות הקניין.

החזון יחזקאל עצמו הרגיש בכך כשאמר שכשלמדנו מהתורה קנייני משיכה הגבהה וכיוצא בהם, היא מגלה לנו מהן הפעולות שכאשר נעשו בין קונה ומקנה הן מלמדות שגמרו בדעתם להחיל את הקניין. ובמקום זה עצמו צריך עיון – מדוע יש צורך שהתורה תלמד אותנו מתי הקונה והמקנה החליטו, אם די שיקבע בין הסוחרים סימן.

אמנם, ייתכן שכל קניין הוא גמירות דעת, אבל ישנם מצבים שבהם די במנהג שיקבע מתי יש גמירות דעת, וישנם מצבים שבהם גם אם נעשתה פעולה שנקבעה על ידי הסוחרים כמציינת גמירות דעת, ההלכה תוכיח לנו שלא גמרה דעתם למשל "אסמכתא לא קניה" או "מטבע דעתיה אצורתה" הם מושגים שבהם למרות שהקונה או המקנה עשה את מעשה הקניין אנחנו יודעים שהוא לא באמת גמר בדעתו לקנות או להקנות. לכן יש פרטים לכל אחד מהקנייינים שבאים לבחון האם באמת נעשה הקניין כהלכתו.

מעבר לכך, יש קנייינים אוניברסליים, שלא תלויים בהסכמה מוקדמת והם קיימים גם במצבים שבהם אין הסכמה. במצבים כאלה ההלכה צריכה להכריע האם אכן הפעולה הזו מצד עצמה מבטאת גמירות דעת או לא. ראה את המציאה או נפל עליה – עדיין אין בכך ביטוי של בעלות, אבל משיכה והגבהה כן (ב"מ ב, א). כלומר מתוך הפעולות שהאדם עושה אנחנו בודקים איזו פעולה מספיק מובהקת כדי להוות ראיה חד משמעית שהעסקה החלה ועברה את נקודת ה'אל חזור'.

בקידושין במיוחד אנחנו זקוקים לפעולה אוניברסלית. לא בגלל שגמירות דעת לא פועלת בקידושין, אדרבא, נראה לקמן ראיה שגמירות דעת פועלת בקידושין. אלא, שכיון שפעולת הקידושין אוסרת את האשה על כל העולם, ומשליכה על קרוביה וקרוביו בכל מקום שהם, היא אינה יכולה להיקבע ע"י המנהג. הכסף השטר והביאה אלו לימודים מהפסוק שפעולות אלו מהוות בין איש לאשה גמירות דעת ברמה מספקת כדי לקבוע שחלו קידושין המחייבים מעתה את כל העולם.

כראיה להבנה זו, מצאנו בראשונים את שיטת רבינו גרשום רבותיו של רש"י ולחלק מהראשונים שיטת הרמב"ם שקידושי כסף מדרבנן. לפי שיטה זו, קידושי כסף יתפסו גם אם

חכמים יתקנו אותם, כי לא מדובר ביצירת הדין אלא בגילוי מילתא – אמדנם של חכמים קבע שכשהאיש נותן לאשה כסף גמרה דעתם לקידושין, וממילא הם יתפסו כפי שקידושי ביאה ושטר תופסים.[6]

עוד מצאנו שקניין קידושין תופס ע"י סיטומתא. ר' שמעון שקופ (מערכת הקנינים סימן יא) דן באומר התקדשי לי בשטר חוב של אחרים ב'מעמד שלשתם' שהיא מקודשת, למרות שמדובר בקניין שתופס מכח תקנת חכמים. הוא מבאר שם:

> דענין קנין הוא גמירת דעת של הקונה והמקנה רק שקבעו שתהא ההוכחה הזאת ע"י מעשה, וע"כ אם הסוחרים קבעו מעשה מועיל המעשה הזה גם מה"ת.

בעקבות זאת הוא מסביר בחידושיו (נדרים ז) שהסיבה לומר שבנדרים יועילו ידות ובקידושין לא יועילו, כי בנדרים המטרה היא רק לדעת האם מוצא פיו של הנודר כלל את המשמעות הנידונה או לא, אבל בקידושין אנחנו צריכים להיות בטוחים בכוונתו של המקדש, ולכן אי אפשר לסמוך על הידות.

ח. קניין כקשר

כד הוינא טליא שמעתי בשם הרב מרדכי שטרנברג זצ"ל הגדרה - קניין משמעותו קשר. הגדרה זו בפשטות עומקה יכולה להסביר היטב את כל הקניינים כעניין אחד. אעיר, שמשהגעתי לישיבת נוף הגליל, ראיתי שבאופן דומה באר רה"י הרב דני סגליס שליט"א, ואין שני נביאים מתנבאים בסגנון אחד, עאכו"כ המביא דברים בשמם. כל מה שאדם יוצר איתו קשר נחשב קניין. כך מצאנו שהמושג קניין נאמר גם בהקשרים שאינם הלכתיים, כקניין תורה או קניינים שיש לקב"ה בעולמו, אבל עיקרו בהלכה ביחס לכל מה שקשור אל האדם, מהחפץ הדומם ועד לקשר בין איש לאשה. אמנם, לא כל קשר הוא קשר שיש לו משמעות הלכתית. הקשרים שיש להם משמעות הלכתית הם קשרים ממוניים, וקשרים של אישות כיון שבהם התורה ציוותה עלינו לשמור על הקשר מפני פגיעה.

לפי זה, הקניין הוא עצם הקשר ומעשה הקניין הוא האופן שבו הדבר מתרחש. האשה נקנית בדרכים מסוימות, אך הביטוי 'נקנית' בפשט המשנה אינו ביחס למעשה המחיל את הקידושין, אלא ביחס לעצם הקידושין, שהרי ה"שלשה דרכים" הן הפעולות והתוצאה היא שהאשה נקנית. כלומר הקידושין עצמן קניין.

[6] דעת רבינו גרשום בב"ב מח, ב מפורשת שקידושי כסף דרבנן, רבותיו של רש"י מובאים בדבריו בכתובות ג, א ובעוד מקומות, ודעת הרמב"ם ע"פ רבינו ירוחם (אדם וחוה כב, ח"א) וע"פ המאירי בתחילת קידושין.

לפי זה יובן גם מדוע יש קניין קידושין וקניין חופה, כיון שכל אחד מהם יוצר שלב נוסף באישות. מובן מאד לפי זה מדוע ביאה יוצרת קניין, ומדוע היא יוצרת קניין גם ביבמה בעל כרחה – כיון שקניין אינו מבטא גמירות דעת אלא את הקשר הנוצר בין האיש לאשה. מובן לפי זה מדוע דנים חז"ל בכל קניין מה מהות יצירתו וכיצד הוא יוצר את הקשר בין האדם לבין קנייניו.

דוגמה יפה לכך ניתן למצא מקניין הקדש. המשנה (קידושין א, ו) אומרת לגבי קניין הקדש: "רשות הגבוה בכסף ורשות ההדיוט בחזקה".

בירושלמי שם מופיע נימוק לכך:

> כיצד גיזבר שנתן מעות הקדש במטלטלין קנה הקדש בכל מקום שהוא שנאמר (תהילים כד א) לה' הארץ ומלואה תבל ויושבי בה.

הנימוק שמופיע בירושלמי מופיע גם בבבלי בהקשר של תרנגולת שהוקדשה ומרדה וברחה, לדעת רב פקעה קדושתה אך לדעת שמואל היכן שהיא נמצאת היא בבית גנזיו של הקב"ה ולכן נשארת בקדושתה. נמצא שהלימוד מהפסוק מבהיר לנו שכל מקום בעולם נחשב כרשות הקדש, ולכן כאילו הוא כבר מוחזק בידי הקדש. וממילא מובן מדוע די בהעברת הכסף כדי שקניין הקדש ייווצר.

אלא, שכל זה נכון אם נבין שהקניין יוצר את עצם הקשר, אם מעשה הקניין של הגזבר מן ההדיוט אמור לבטא את גמירות הדעת של שניהם לבצע את הקניין, אין משמעות לכך שכל מקום שייך לקב"ה, כי בסופו של דבר חלות הקניין תלויה בדעת שניהם ובמעבר בין ההדיוט לגזבר. על כרחנו נאמר שהקניין משתנה בגלל אופי הקונה ודרך יצירת הקשר בין הדבר הנקנה לקונה.

ונראה שכאשר האבני מילואים (שו"ת סי' יז) משתמש במושג קניין איסורי, לכך כוונתו:

> ומלתא דפשיטא שאין האשה קנויה לבעל קנין ממון דהא דמעשה ידיה לבעלה אינו אלא מדרבנן תחת מזונותיה ואלו אמרה איני ניזונית ואיני עושה מעשה ידיה שלה וארוסה אפילו מדרבנן מעשי ידיה לעצמה וא"כ אין לו על הארוסה שום קנין ממון ואפ"ה ד"ת אוכלת בתרומה ומקרי' קנין כספו ולא אשכחן שום תנא דפליג אהא, א"כ מבואר להדיא דאע"ג דכל קנין ממון שבה גוף ופירות לעצמה מ"מ כיון שקנין איסור שבה לבעל במה שמיוחדת לו ואסורה על כל העולם משום אשת איש משום הכי מאכילה בתרומה דבר תורה.

דיוק לשונו של האבני מילואים "קנין איסור שבה לבעל במה שמיוחדת לו ואסורה על כל העולם". האיסור על כל העולם הוא רק חלק מקנין איסור, אבל קודם כל קניין איסור הוא במה שהיא מיוחדת לו. האיסור מבטא את הקשר ביניהם ולכן הוא נחשב קניין.

ההבנה הזו בקניין איסור אינה עולה בקנה אחד עם לשון הרמב"ן שדיבר על קניין איסור בנוגע לזה שהאדון קונה את העבד, והשלכות הקניין הן שהעבד חייב במצוות כאשה אסור על בנות ישראל. ברור שהאיסור על בנות ישראל אינו יוצר יותר קשר בין האדון לבין העבד. אבל ביחס לאשה האיסור על כל העולם מייחד אותה לבעלה.

ט. ראיות לקניין כקשר

ברשימות שיעורי הרב סולוביצ'יק (ב"מ מו, ב) מובא בשם ר' חיים מבריסק חילוק בין שני סוגי קניינים, קניינים שהם גמירות דעת וקניינים שהם מעשה קניין. ר' חיים עוסק באותה שאלה שהשרידי אש דלעיל עסק בה – מדוע אין אשה נקנית בחליפין:

> בשם מרן הגר"ח זצ"ל דקנין חליפין אינו חל מדין מעשה קנין אלא מדין הקנאה מדעת. דהקנין חל מחמת גמירת דעת של המקנה והקונה [...] לפי"ד הגר"ח זצ"ל י"ל שהגמרא לא קשה, דר"ל דקנין חליפין חל בגמירת דעת בלבד, ומשום הכי פסול לקידושין דקידושין חלין רק ע"י מעשה קנין ולא חלין ע"י גמירת דעת בלבד בלי מעשה קנין.

בצורה הפוכה מדברי השרידי אש שהבאנו לעיל, אומר ר' חיים שדווקא קניין חליפין הוא קניין סמלי, כיון שהוא יכול לחול כגמירות דעת בלבד, ואילו קניין כסף הוא קניין מהותי.[7] ולכאורה דבריו של ר' חיים הם פשט לשון הגמרא (קידושין ג, א): "אשה בפחות משווה פרוטה לא מקניה נפשה", "דגנאי הוא לה" (רש"י שם).

משמע, שבניגוד לכסף בחליפין אין משמעות לערך של הדבר המוחלף, כיון שהוא גמירות דעת בעלמא – רק סימן שמבטא את החלת הקניין. לעומת זאת אם הקניין הוא מהותי יש משמעות רבה לערך של הכסף ולייחס של האשה אליו.

ר' יוסף ענג'ל מביא ראיה לכך מדברי מהרי"ט על תוספות בקידושין (יד, ב). תוספות שואל מדוע לא נלמד שישראל קונה עבד בכסף בקל וחומר מגוי – גוי שאינו קונה בשטר – קונה

[7] ודבריו לגבי חליפין הם כפי שבאר לעיל החזון יחזקאל לגבי קניין סודר והלימוד ממגילת רות.

בכסף, ישראל שקונה בשטר – קל וחומר שקונה בכסף. תוספות עונה על כך, שמסתבר שלישראל ולגויים יש קניינם שונים, כפי שראינו בדיני קניין לגוי שהם שונים מישראל:

> דמסתברא דלכל אחד יש קנין לעצמו כדאשכחן בפ"ב דבכורות (דף יג.) גבי מטלטלין מדישראל בחדא עובד כוכבים נמי בחדא.

המהרי"ט (בחידושיו שם) מקשה על דברי התוספות, שהרי בהחלט מצאנו לימוד בקל וחומר מקניינים של אנשים שונים:

> והא דכתבו התוס' וא"ת ולאו ק"ו הוא ומה עכו"ם שאינו קונה בשטר וכו' ותרצו דמסתברא דלכל א' וא' יש לו קנין בפני עצמו הוקשה לי שם מהא דדייני' לעיל גבי קנין דאשה ק"ו מיבמה שאינה ניקנת בכסף וניקנת בביאה אלמא דכה"ג דיינין לה בק"ו ולא אמרינן לכל א' יש לו קנין בפני עצמו [...]
> וי"ל דגבי קנייני ממון אין חומרתן וקולתן של קניינים גורמים דבכל מידי דאמרינן למקני ביה קני דאמר באיזהו נשך "סיתומיתא היכי דנהיגי למקניא ביה קניא" - פירוש רושם שנעשה ע"ג החבית. וכשנתפרש קנין בדבר אחד אין לנו ללמוד בו קנין אחר מדבר אחר שאין בו אלא אותו קנין, דאמרינן שאני התם שאין לו קנין אחר אלא הוא, והוצרך הדבר שיהיה זה קנין, דאם לא כן במאי לקני כדפרכינן לקמן. אלא מעתה ס"ל במאי לקני. אבל כשיש לו קנין אחד אין צריך לקנין אחר.
>
> אבל גבי קיחה דקידושין דמילתא דאיסורא הוא ואמ' לעונשין ולמיתות בית דין אזלינן בהו בתר קולא וחומרא, דאם קנין שאינו קונה בעלמא קונה כאן קנין דאלים למקני בעלמא לא כל שכן.

יוצא מדברי המהרי"ט שיש קניינים שהם גמירות דעת אבל קניין אישות הוא מהותי, ולכן יש בו אפשרות להסביר ולדמות צורת קניין אחת לצורת קניין אחרת. וכפי שכותב ר' יוסף ענג'ל (ציונים לתורה, כלל לט, דף נו, א):

> דכוונתו שם ד"כ לחילוק זה שבין שאר קניינים לקידושין, דשאר קניינים הם רק הוראה על הרצון, ומשא"כ קידושין הם דבר עצמיי, דמעשה הקידושין הוא שפועל האישות בעצם ולא מפאת הוראה על הרצון לבד.

ולכאורה יש להביא ראיה לשיטה זו מדברי הירושלמי בתחילת קידושין:

> כיני מתני' או בכסף או בשטר או בביאה ותני ר' חייה כן לא סוף דבר בשלשתן אלא אפילו באחד מהן בכסף מנין (דברים כד א) כי יקח מגיד שניקנית בכסף בביאה

> מניין ובעלה מגיד שנקנית בביאה הייתי אומר על ידי זו ועל ידי זו כסף בלא ביאה ביאה בלא כסף מניין ר' אבהו בשם ר' יוחנן כתיב (שם כב כב) כי ימצא איש שוכב עם אשה בעולת בעל הגע עצמך אפילו לא קנייה אלא בביאה אמרה תורה הבא אחריו בחנק.

אם קניין הוא גמירות דעת, פעולה שכשהיא מתרחשת הדבר מבטא שהצדדים מנויים וגמורים להחיל את העסקה, וכאשר איש קונה אשה זה ביטוי לדעתם שמכאן ואילך האשה מקודשת לאיש, האפשרות שיש מספר מעשי קניין תמוהה ביותר. הרי כל המטרה הייתה לדעת מתי קו פרשת המים שבו חלים הקידושין, ועכשיו אין קו ברור אלא מספר מעשים. לעומת זאת אם הכסף השטר והביאה יוצרים את הקשר בין האיש לאישה, מובן מדוע ההו"א היא שעד שלא מתקיים קשר בין האיש לאשה בכל המישורים הקניין לא הסתיים.

י. קניין כסף כמתנה מקשרת

כשמדובר על קניין כקשר, יש לבאר כיצד כסף קונה. לעומת ביאה שהיא ודאי ביטוי ויצירת קשר בין איש לאשה, ושטר המבטא את הרצון לקשר, השימוש בכסף שבקניין רגיל הוא בא כדי לתת תמורה עבור הקניין – וממילא מובן כיצד הוא מקשר את השדה הנקנה אל האדם - צריך באור בקידושין. הלבוש מרדכי (ב"מ סי' יח) מבאר זאת תוך כדי באורו לכך שאין חליפין באשה:

> אכן כפי שביארנו בחידושינו לקדושין, דדין נתינת כסף בקדושי אשה אינם כמו במכירה, דבמכירה אמרה התורה, גאולה ותמורה, ופירש הגמ' בב"מ (מז א) דגאולה זו מכירה, תמורה זו חליפין, היינו גאולה זו מכירה היכא שמוכר דבר בשביל שלוקח הכסף שיווי החפץ, ותמורה היינו שמחליף חפץ בחפץ. אכן באשה אין הכוונה שנותן לה הכסף והיא מחלפת עצמה בעד הכסף או החפץ, דאין אשה נקנית בחליפין (קידושין ו ב), היינו שאין אשה מקנה עצמה בתורת חליפין בעד הכסף. אלא דין נתינת כסף באשה הוא, שנותן לה מתנה לעורר בה רצון, ובעת שהיא מקבלת המתנה ממנו ורצונה להתקדש, אז הוא מקדש, היינו שאוסר אותה אכולי עלמא כהקדש (קידושין ב ב).

הכסף מקשר את האשה אל האיש משום שכשהוא נותן לה מתנה מתעורר בה רצון להתקדש. רק כאשר נוצר הקשר הזה, אז האיש יכול להחיל את הקידושין על האשה. נמצא שהקניין לדעתו הוא קשר, והקידושין חלים רק אם חל הקניין.

ולפי זה מתבארת לשונו של הרמב"ם בספר המצוות (עשה ריג):

> והמצוה הרי"ג היא שצונו לבעול בקדושין ולתת דבר ביד האשה או בשטר או בביאה. וזו היא מצות קדושין. והרמז עליו אמרו כי יקח איש אשה ובעלה וגו', הורה שהוא יקנה בבעילה. ואמר ויצאה והיתה וכמו שהיציאה בשטר כן ההויה בשטר. וכן למדנו שהיא נקנית בכסף מאמרו באמה עבריה אין כסף, אמרו אין כסף לאדון זה אבל יש כסף לאדון אחר ומנו אב. אבל קדושין דאורייתא אמנם הם מבוארים בביאה כמו שהתבאר במקומות מכתובות וקדושין ונדה.

בתחילת דבריו של הרמב"ם לשונו "ולתת דבר ביד האשה או בשטר או בביאה" נשמעת כאילו הדוגמה הראשונה היא קידושי כסף שבהם האיש נותן דבר לאשה. לעומת זאת בהמשך דבריו הוא אומר שמדאורייתא הקידושין מבוארים בביאה, וקידושי כסף ושטר נלמדים בדרך עקיפה יותר. אם האופן המפורש ביותר של קידושין בתורה הוא ביאה, מדוע לא נתחיל ממנו, ומדוע להגדיר את הדרך לקידושין ככסף? כמו כן, מדוע משתמש ברמב"ם במילים "לתת דבר ביד האשה" ולא בפשטות לתת כסף.

נלענ"ד לבאר, שלרמב"ם עצם הקידושין הוא מעשה המקשר בין האיש לאשה. הקשר הזה מדאורייתא יכול להיות באופנים שונים, מתנה חוזה או ביאה. כל אחת מהדרכים הללו יוצרת קניין. מבחינת הקשר עצמו, הדרך הפשוטה והראשונית ביותר היא מתנה.[8] אמנם בפועל התורה נתנה את הדוגמה של ביאה,[9] אבל עדיין האפשרות של נתינת דבר ביד האשה היא צורה של יצירת קשר, ולכן היא חלק מהגדרת המצווה. ואם נגדיר כך את מהות קידושי כסף, יובן גם מדוע מפשט לשונו של הרמב"ם עולה שהקונה במלווה שדה קנה, והמקדש במלווה אינה מקודשת.[10] לגבי קידושין הרמב"ם כותב (אישות ה, יג):

> המקדש במלוה אפילו היתה בשטר אינה מקודשת [...] מפני שהמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן דבר קיים ליהנות בו מעתה שכבר הוציאה אותו דינר ועברה הנאתו.

כלומר – ברגע שאין הנאה לאשה במעות שניתנו לה – אין קניין קידושין.

[8] כפי שהגמרא בכתובות קוראת לקניין חופה "חיבת חופה" או "חיבת ביאה".
[9] אולי בגלל שהתורה בפסוק עסקה בגירושין ואפילו אחרי ביאה יש אפשרות לגירושין, ואולי בגלל שבמהות הביאה היא האופן המובהק ביותר שבו קיים קשר אישות.
[10] ראה אישות ה, יג ושם טו, מכירה ה, ד; ושם ז, ד.

לעומת זאת במכר כתב רמב"ם (מכירה ז, ד):

> אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו ואף על פי שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר.

לעומת קניין שדה שמהות התשלום בו העברת ממון, בקניין אישות מהות הכסף יצירת קשר. כך מסביר הלבוש מרדכי גם את הסבר הרמב"ם (אישות שם כד) שבמתנה על מנת להחזיר אין הנאה לאשה ולכן אין התעוררות רצון באשה להתחבר אל האיש.

יא. מקורות בפנימיות לקניין כקשר

המבט החיצוני ביחס לקניינים רואה את הקניין כהסדרת הבעלות בממון. אם לא היה כלל קניין, כל אחד היה נוטל ממון כשהוא רוצה, ומלאה הארץ חמס. אם היה קניין ללא מעשה קניין, לא היה ניתן לדעת האם ממון עבר בעלות. במורה הנבוכים (ח"ג, מט) יש יחס מעין זה גם לקניין קידושין:

> ובאסור הקדשות תועלות גדולה מאד והיא מניעת הקטטות, כי אלו היתה הקדשה מותרת, היו באים אל אשה אחת אנשים רבים בעת אחת לפי המקרה ולא היו נמלטים מהמחלוקת, וברוב הפעמים היו הורגים זה את זה או היו הורגים אותה, כענין הנודע מאז, ובית זונה יתגודדו, ולמנוע אלו הרעות העצומות ולהביא התועלת הכוללת והיא ידיעת היחסים, נאסרה הקדשה והקדש, ולא נמצא צד התר למשגל רק ביחד אשה ולישא אותה במפורסם, כי אילו היה די לו ביחודה לבד, היו רוב בני אדם מביאים קדשה לבתיהם זמן אחד מוסכם בין שניהם ויאמר שהיא אשתו, ומפני זה צוה לעשות מעשה אחר שייחדה אליו בו והוא האירוסין, ושיפרסם הדבר והוא הנשואין, ויקח בועז עשרה אנשים וגו'.

לפי דבריו יוצא שמעשה הקניין הוא רק הבהרה מעשית האם העסקה חלה – גמירות דעת.

לעומת זאת, בפנימיות התורה גם היחס אל הקניינים הממוניים היא כקשר בין האדם לממון, אפילו במובן הרוחני. המהר"ל בתחילת נתיב העבודה מבאר כך את משמעות הבאת הקרבן לה':

> האדם מוסר עצמו אל השם יתברך, ואף אם אין מוסר נפשו אליו רק ממון שלו שמקריב אליו קרבן, מכל מקום גם זה נקרא שמוסר עצמו אל השם יתברך כאשר מקריב אליו ממון שלו.

ר' נחמן מבאר בליקוטי מוהר"ן (קמא סח) שהממון הוא השתלשלות של מציאות עליונה, והיא הגורמת לאהבה לממון ולבעל הממון:

> כָּל הַנְּפָשׁוֹת תְּאֵבִים וּמִתְאַוִּים לְמָמוֹן. וְלֹא לְמָמוֹן בִּלְבַד מִתְאַוִּים וְאוֹהֲבִים אוֹתוֹ, אֶלָּא אֲפִלּוּ לְהָאָדָם שֶׁיֵּשׁ לוֹ הַמָּמוֹן, דֶּרֶךְ בְּנֵי אָדָם לְמָשְׁךְ אֵלָיו וְלֶאֱהֹב אוֹתוֹ, מֵחֲמַת שֶׁיֵּשׁ לוֹ מָמוֹן, כְּמוֹ שֶׁאָנוּ רוֹאִין בְּחוּשׁ, וּכְמוֹ שֶׁכָּתוּב (מִשְׁלֵי י"ד): "וְאוֹהֲבֵי עָשִׁיר רַבִּים". וְזֶה מֵחֲמַת שֶׁהַנֶּפֶשׁ בָּאָה מִמָּקוֹם עֶלְיוֹן, שֶׁהַמָּמוֹן בָּא וּמִשְׁתַּלְשֵׁל וּמִתְהַוֶּה מִשָּׁם. כִּי בְּוַדַּאי הַתְחָלַת הַמָּקוֹם שֶׁמִּשְׁתַּלְשֵׁל מִשָּׁם הַמָּמוֹן, הוּא בְּוַדַּאי בְּחִינַת קְדֻשָּׁה וְשֶׁפַע קֹדֶשׁ. וְאַחַר - כָּךְ נִתְגַּשֵּׁם לְמַטָּה, כְּדֶרֶךְ הַהִשְׁתַּלְשְׁלוּת, וְנִתְהַוֶּה מָמוֹן. וְעַל כֵּן הַנֶּפֶשׁ תְּאֵבָה לְמָמוֹן, מֵחֲמַת שֶׁהַנֶּפֶשׁ בָּאָה מִמָּקוֹם שֶׁהַמָּמוֹן בָּא מִשָּׁם.[11]

ר' צדוק הכהן מלובלין (צדקת הצדיק סע' פו וסע' צא) מבאר שכל מה שקנוי לאדם שייך אל שורש נפשו:

> כל מה שהוא מקנין האדם, אשתו ובניו עבדו ואמתו שורו וחמורו אהלו וכספו וזהבו וכל אשר לו הכל הוא משורש נפשו, כי גם כל הדומם צומח חי משורשים בנפש האדם ושורש חיותם ממנו כנודע. ומה שקנוי לו הוא ששורש חיותם ממנו [...] וכפי מרחק התפשטות אורו וחיותו בהם כך הם ענינם וייחסם לו מהם קנינים לו ומהם היו בידו איזה זמן ומכרם ומהם רק בשאלה או שכירות זמן מועט ומהם ראם אצל אחרים או נסתכל בהם מידי עברו באיזה מקום ומהם שלא ראה מימיו רק חשק במחשבתו להם וכיוצא יש מדריגות לאין שיעור.

ועוד מבאר ר' צדוק שגם יחסי האישות בנויים במערכת פנימית של קשרים, ולכן כשם שגזל הוא פגיעה בחיבור הנשמה אל הממון, כך החיבור בין איש לאשה (שם פו), ובאופן דומה ר' נחמן (ליקוטי מוהרן קמא כג), מבאר שהפגיעה בפרנסת עלולה להגיע לפגיעה באישות שהיא השכבה הפנימית של הקשרים באדם:

> כִּי הַפַּרְנָסָה הוּא בְּחִינַת אִשָּׁה, כְּמוֹ שֶׁאָמְרוּ חֲכָמֵינוּ, זִכְרוֹנָם לִבְרָכָה (סַנְהֶדְרִין פ"א): 'הַיּוֹרֵד לְפַרְנָסַת חֲבֵרוֹ כְּאִלּוּ בָּא עַל אִשְׁתּוֹ'. וּפַרְנָסָה שֶׁהוּא בְּעִצָּבוֹן, הִיא בְּחִינַת 'מוֹצֵא אֲנִי מַר מִמָּוֶת אֶת הָאִשָּׁה'. (בְּחִינַת מְרִירוּתָא דְּעָלְמָא שֶׁצָּרִיךְ לְהַמְתִּיקָהּ עַל - יְדֵי מֶלַח כַּנַּ"ל, 'אִלְמָלֵא מִלְחָא לָא הֲוֵי יָכִיל עָלְמָא לְמִסְבַּל מְרִירוּתָא'. וְעַל כֵּן לְהֶפֶךְ, בְּפַרְנָסָה דִּקְדֻשָּׁה כְּתִיב: "מָצָא אִשָּׁה מָצָא טוֹב" (מִשְׁלֵי י"ח).

[11] וע"ע שם נט.

הרב זצ"ל (ערפלי טוהר עמ' פט) מסביר לפי זה למה הגזל פוגע גם בנפשו של הגזלן עצמו:

> קשה הוא הגזל, שמכניס ניצוצות דרים בתוך ארג החיים של הנשמה, ולזככם ולהעלותם אין בידו, מפני שאינם שייכים לשרשו, ואין כחו שולט עליהם, והרי הם מעכבים את כל סדרי מעלות הקודש, בנפש, ובעולם, ובמדרגת הזמן, בחיי שעה ובחיי עולם.

לפי זה יש בקניין עניין עצמי ולא טכני בלבד, ואכן נפש האדם מבקשת את עצם הקניין, כפי שמבאר הרב חרל"פ (מי מרום ח"א עמ' סה):

> ואחר שענין האדנות הוא ממדת קונו יש לעמוד על אופי הבעלות על דברים הנקנים שאינה בעיקר בשביל השתמשות שישיגו באמצעות הדברים הנקנים לו, אלא שעצם הבעלות הוא ענין נשגב ושלימות, שכשם שהבעלות העליונה היא שלא לשם תשמישים, כי איננו נצרך ח"ו לשום אחד מבריותיו, כן הבעלות האמיתית הנמשכת אלינו, התכלית היא הבעלות בעצמה אף מבלעדי ערך התשמישים, והעד על זה הוא מה שנפשו של אדם בוחלת בתשמישים בלא בעלות כאמרם שבזמן שאדם נצרך לבריות משתנה ככרום [...] וזהו הטעם של גנות ההיזק להזיק דבר של חבירו מפני ששולל ממנו בעלות ממה שהוא בעלים עליהם, ושלילת בעלות היא כריתה מהתדמותו לעליון.

הרב סולוביצ'יק (ימי זכרון עמ' 101) מוכיח את העיקרון הזה מתוך סוגיה בהלכות קניין גזילה, ומתוך דבריו אפשר להבין את הדמיון וההבדל בין קניין קידושין לקניינים אחרים. התורה מתירה למי שגנב פורץ לביתו בהיחבא בלילה להרוג את הגנב הנקרא 'בא במחתרת', כיון שהגנב עצמו עלול להרוג. כיון שהותר דמו, הוא פטור מתשלום על הגניבה כפי שכל נידון למוות פטור מתשלום ממון. כמובן שאם הוא הצליח בגניבתו ויצא בחיים אין היתר להורגו. הגמרא (סנהדרין עב, א) דנה בגניבה שאותו גנב לקח איתו, ולדעת רב: "הבא במחתרת ונטל כלים ויצא - פטור. מאי טעמא? בדמים קננהו".

ולכאורה הדבר תמוה, הרי מדובר בגניבה, והממון שיך לבעל הבית, איך ייתכן שהוא נשאר בידי הגנב? על כך כותב הרב סולוביצ'יק:

> אם אדם מתייסר ומוסר נפשו על דבר מסוים הרי זה שלו [...] בהלכה יש שני סוגים של קניינים: א) קניין בפעולות פורמאליות סמליות, שבהן קונה אדם

> בעלות על חפץ, כגון: הגבהה, משיכה, חזקה, שטר, חליפין וכיו"ב, ב) קניין מוסרי-מיטאפיזי,[12] שהחפץ קנוי באופן מהותי והחלטי לאדם, לא מכוח פעולות פורמליות-משפטיות גרידא, אלא מעיקרו מכוח יצירתו, כמו זכות יוצר על יצירתו.

הרב סולוביצ'יק מבין, שהקשר שנוצר עם הממון באמצעות המוכנות לסכן את החיים עבורו, הופך את הממון לשייך אל הגנב. זה מתאים רק אם הגדרת הקניין היא יצירה ולא רק סימן טכני למעבר בעלות.

יב. קניין כמציאות

מתוך המקרה האחרון שהוזכר, קניינו של בא במחתרת, ניתן להגיע להבנה חדשה בקניין. נקדים שתי עקרונות בספיקות ממון, שיבהירו את העניין. ר' שמעון (שערי יושר ה, א) דן בשאלה מדוע בספק ממון אנו אומרים "המוציא מחבירו עליו הראיה" ולא אומרים "ספיקא דאורייתא לחומרא". בניגוד לדיני איסורים שבהם עד אחד ורוב מועילים, בעדות ממון כאשר יש ספק, ולא ניתן לקיים את מצוות התורה "על פי שניים עדים יקום דבר" (דברים יט, טו) אנו נדרשים להשאיר את הממון בידי המוחזק בו.[13] ומעבר לכך יש לשאול, האם כשיש ספק, ויש ראיה של רוב או עד אחד לאחד הצדדים, צודק הדבר שהנתבע יצא זכאי לגמרי, הרי במדובר בנתונים שאנחנו סומכים עליהם באיסורים, ולפיהם התובע צודק. כל זה על רקע הבנת הגמרא (ב"ק מו, ב) שהכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה" נלמד מסברה. ר' שמעון מביא את דברי קונטרס הספקות (א, ו):

> שלא אסרה התורה את הגזל אלא מה שהוא של חבירו מצד הדין, אבל מה שהוא שלו מצד הדין לא אסרתו עליו התורה.

ומבאר את דבריו:

> דכל דיני המשפטים של דיני ממונות בין איש לרעהו, אינם כדרך כל מצוות התורה, דבכל המצוות הוא מה שהזהירה לנו תורה בעשה ול"ת, חיוב קיומם עלינו הוא העיקר לקיים מצות ה', ובדיני ממונות אינו כן, דקודם שחל עלינו מצות ה' לשלם או להשיב, צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי... ועוד כלל עיקרי בזה דהיכא שאנו דנים על איזה זכות וקנין של אדם באיזה חפץ או שעבוד ממון,

[12] איך הכוונה כאן למוסר, שהרי מדובר בגניבה, אלא לקניין שהיסוד שלו הוא רוחני. וייתכן שבתרגום הדברים שנאמרו בע"פ ונכתבו בספר ימי זכרון נוצר שינוי במשמעות.
[13] ב"ק לה, א; רש"י ב"ק כז, ב; רש"י ב"מ ב, ב ד"ה עליו; רש"י דברים שם.

אין אנו דנים כלל על ענין שמירת איזו מצוה, אלא ענין מציאות למי קנוי הדבר, ומי ומי ראוי על פי תורת המשפטים להחזיק את החפץ.

כלומר, ממון אינו דין אלא מציאות – האם הממון שייך לתובע או לנתבע. ולכן לא הצדק בדבריו של הנתבע מכריע, אלא השאלה האם יש ראיה מוחלטת שהממון של התובע, ואם לא אין לו שום אחיזה בממון, ובמציאות – הממון של הנתבע כפי שהיה עד עכשיו. זו הסיבה שקיימת תופעה של קנייני גזילה, שכאשר חפץ נגזל והיה יאוש ושינוי רשות או השם הוא הופך להיות שייך לגזלן,[14] כיוון ששייכות היא עניין מציאותי, והיא חלה גם כשהדבר אסור.

בדרך כלל החלוקה בין דין למציאות ברורה – אסור לבשל בשר וחלב, ואף על פי כן אם אדם בישל בשר וחלב הם הופכים לאיסור. יש גם מצבים בהם המציאות היא מציאות רוחנית - אסור לחשוב מחשבת פיגול, ואם אדם פיגל – הקרבן הפך לפיגול. בנידון דידן זה מורכב יותר כיון שמדובר על מציאות שקיימת גם לפני מתן תורה – ממון נחשב שייך לאדם מסוים, ומערכת הקניין פעלה גם מבלי שהתורה ציוותה עליה, וכבר בני נח הוזהרו שלא לפגוע בממון הזולת. מכל מקום כך התורה מצווה עלינו: עלינו לדון בממון – מציאות מופשטת של שייכות בין אדם לדברים אחרים, ולפי זה לקבוע היכן קיימים חיובים ואיסורים של תורה בדיני הממונות.

מכאן עולה הגדרה חדשה למושג קניין – מציאות מופשטת של שייכות בין אדם לדברים אחרים. זו לא הגדרה סותרת לקניין כקשר, אלא הגדרה שמרחיבה את המבט ממושג הקניין עצמו לעולם שאליו הוא שייך. קניין שייך בממונות שהוא עולם נפרד מעולם האיסורים, מפני שהוא אינו עוסק בציווי התורה, אלא במציאות הממונית. אכן, גם כשאנחנו דנים במציאות התורה מלמדת אותנו עליה, אבל זה דיון במציאות.

יג. קניין קידושין כמציאות

הבה נתבונן בעולם האישות – האם הוא מציאות או דין? נשווה זאת לקנייני גזילה, האם אדם יכול לקיים קניין קידושין גם כשמדובר באיסור? ההלכה היא, שקידושין תופסים בחייבי לאוין,[15] נמצא, שלמרות שהתורה למדה אותנו שיש קניין קידושין ואסרה אל כהן לקדש גרושה, אם הוא יקדש אותה היא תהיה מקודשת. הסיבה היא שקניין קידושין הוא מציאות,

[14] ראה ב"ק סח, א; שו"ע חו"מ סימנים שנג, שסא.
[15] יבמות נג, א; שו"ע מד, ז.

גם אם יש מצווה לקדש, כשאדם מקדש זה לא חל בגלל המצווה אלא בגלל שפעולת הקניין יצרה את התוצאה והאישה מקודשת.

זאת ועוד, המקדש אשת איש אינה מקודשת ואינה צריכה גט כלל. כלומר – כאשר כבר קיים קשר וקניין של האשה אל האיש לא רק שיש איסור לבוא עליה, אלא שלא ניתן ליצור איתה קשר חלופי במציאות מפני שכבר קיים שם קשר אחר. וכשמדובר בעריות יתבאר הדבר באותו אופן. אדם לא יכול לקדש את אחותו מציאותית, מפני שכבר קיים שם קשר של אחווה ולא יכול לחול שם קשר אישות. וייתכנו גם מצבים שבהם אין איסור אשת איש, ואף על פי כן לא יתפסו קידושין, כפי שאומר רב בדיני ייבום (יבמות צב, ב):

> אמר רב: מנין שאין קדושין תופסין ביבמה? שנאמר: לא תהיה אשת המת החוצה לאיש זר, לא תהא בה הויה לזר.[16]

למרות שהאיסור על היבמה הוא איסור לאו בלבד, הקידושין לא יחולו בה כיון שיש בינה ובין היבם קשר מציאותי שמכונה "זיקה" ומונע מקשר אחר לחול. לגבי הקשר הזה מסביר האור שמח (קונטרס זיקה), שהוא נובע מכך שהיבם הוא ממשיכו של אחיו – כאשר לא נולדו ילדים והאיש מת, הקשר של האשה עם משפחתו ממשיך דרך זיקה בינו ובין האח, ולכן אין איסור אשת אח כלפי היבם גם לאחר החליצה.[17]

לכן כפי שבדיני ממונות נאמר "המוציא מחבירו עליו הראיה" "בעדים" (רש"י ב"מ ב, ב), כך גם הגמרא בגיטין (צ, א) לומדת לדיני אישות:

> נאמר כאן (בסוטה, "כי מצא בא ערוות) דבר" ונאמר להלן דבר, "על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר", מה להלן בשני עדים, אף כאן בשני עדים. וזו החלוקה בתחילת גיטין (ב, ב) בין איסורים שעד אחד נאמן בהם לדבר שבערוה שעד אחד אינו נאמן בו.[18] ויש להתבונן במיוחד במושג "יקום דבר" ו"דבר שבערוה". כיון שמדובר בשינוי מציאות התורה מלמדת אותנו העדות לא רק מסייעת בידי האדם להימנע מאיסור אלא יוצרת מציאות חדשה שבה הממון עובר מאדם אחד לאחר או האשה הופכת להיות אשת איש.

[16] ולהלכה נפסק כשמואל שנסתפק אם יש לדרוש כרב. על כל פנים המניעה מתפיסת קידושין היא מסיבה זו.

[17] יבמות י, ב; שו"ע אה"ע קסב, ב; שם קע, יג; וראה תוספות יבמות ג, ב ובחידושי הגר"ח יבמות יז, ב.

[18] ועיין ברכת שמואל קידושין כא, ו.

וכך הוכיח ר' אשר וייס בחידושיו לגיטין מדברי הר"ן. הגמרא (קידושין ה, ב) אומרת: "נתן הוא ואמרה היא - ספיקא היא וחיישינן מדרבנן".

על כך שואל הר"ן (על הרי"ף א, ב):

> והאי לישנא דאמרי' ספיקא הוי וחיישינן מדרבנן מספקא לי טובא דכיון דספיקא הוא הוה ליה ספיקא דאורייתא והיכי קאמר דחיישינן מדרבנן הא מדאורייתא נמי איכא למיחש.

והשיב:

> ולפיכך אני מסתפק בכל ספק קידושין אי צריכה גט מדאורייתא או לא דאפשר דמדאורייתא שרי' משום דאיכא למימר העמד אשה על חזקתה, דמאי שנא מכל תיקו דממונא דאמרינן ביה העמד ממון על חזקתו, והסכימו בו כל גדולי האחרונים ז"ל שאפי' תקפו תובע מוציאין אותו מידו, הכא נמי מדינא אית לן למימר הכי, ושתהא מותרת להנשא. אלא שמפני חומרא דערוה אסרוה רבנן ומשום הכי אמרינן הכא דספיקא הוי וחיישינן מדרבנן.

כלומר, כשם שבדיני ממונות אמרנו המוציא מחבירו עליו הראיה, ולא משתנה מציאות של ממון עד שאין עדות שקובעת שאכן גם דבר והשתנתה מציאות לנגד עינינו, כך גם באישות שהיא מציאות הקשר שבין האיש לאשה אין שינוי ללא עדות כזו. וכמו ששם כל עוד לא השתנתה מציאות אין לספק שום משמעות, כך גם כאן. הר"ן מקשה מדברי הרי"ף במקום אחר:

> אבל הרב אלפסי ז"ל כתב לקמן בפירקין (דף ח ב) בבעיא דרב מארי בכלב הרץ אחריה דסלקא בתיקו דהויא לה ספיקא דאורייתא ולחומרא וצריך עיון.

אבל דברי אולי לאור ההשוואה הזו יובן – לעומת הספק בנתינה ואמירה שהוא ספק במציאות – מה הייתה כוונתו של האיש כשהאשה אמרה,[19] הספק בדין כלב רץ אחריה הוא ספק בדין ולא ספק במציאות. וכיון שהמציאות ברורה לנו, על הצד שהדין אכן שמקודשת בכי האי גוונא אז הקידושין במציאות חלו, וממילא שבנו לספק דאורייתא רגיל.

[19] ועיי"ש בריטב"א.

יד. ראיה ופתרון הסתירה בראשונים

לפי מה שבארנו ניתן ליישב את הסתירה לכאורה בראשונים שהבאנו לעיל בנוגע להבנת קניין קידושין כממון.[20] ראינו שנחלקו רי"ף ורשב"א והרמב"ן האם יש להשוות שטר וגט המגיעים אלינו בלי הבעל וכותב השטר. לדעת לדעת רי"ף ורשב"א אין לחלק כאן בין ממון לאישות, ואם באישות לא מערערים על השטר ומוציאים אשה מבעלה, כך גם בממון מוציאים ממון מבעליו. ולכאורה רשב"א סתר את עצמו, שכן הוא כתב שכאשר אדם מקדש במלווה אין קניין הקידושין כשלעצמו יכול להחשב ריבית, כיון שהאשה אינה ממון ואין זה נחשב שהאדם קיבל תמורה להלוואתו.

לפי מה שבארנו אין כאן קושייה – אף שבקניין קידושין האדם לא קיבל ממון כלל, יש מכנה משותף בין ממונות ובין אישות לגבי הקניין – מדובר במציאות, וממילא ללא ראיה בעדים אין עדות לשינוי במציאות. לכן, אם שטר חתום בעדים יועיל לגט הוא יועיל גם בהלוואה או מכר.

באופן דומה יש ליישב את שיטת הר"ן שכתב בשם רמב"ן שם שכיון שהאשה אינה ממון הבעל אין להשוות זאת לדיני ממונות, ולעומת זאת הוא עצמו כתב בנדרים (צ, ב) שאשה אינה נאמנת לאסור את עצמה לבעלה בטענה שהיא נבעלה לאחר, וכן כתב בנוגע לספק קידושין (על הרי"ף א, ב – ב, א) שיש לומר "העמד אשה על חזקתה" כמו בממון שאומרים בו "העמד ממון על חזקתו". משמע שמושגי קניין קידושין דומים לקניין ממון מבחינת החלוקה בין דין למציאות, וכמו שבספק ממון שיש לו מוחזק אנו אומרים שכל עוד אין ראיה אין ספק כלל, כך גם בספק אישות.[21]

וראיה לתפיסת הקניין כמציאות ניתן לראות מדברי הגמרא בגיטין (מג, א – ב):

> אמר רב חסדא: חציה שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה לראובן ונשתחררה, וחזרה ונתקדשה לשמעון, ומתו שניהם - מתייבמת ללוי, ואין אני קורא בה אשת שני מתים, מה נפשך? אי קדושי דראובן קדושין - קדושי דשמעון לאו קדושין, ואי קדושי דשמעון קדושין - קדושי דראובן לאו קדושין.

[20] וכיון שכל המקורות לעיל לא ציינתי כאן, הקורא מוזמן לפתוח בפרק הראשון.

[21] והחילוק בין רמב"ן המובא בר"ן בגיטין ובין רשב"א הוא בשאלה מה הסיבה שבי"ד יטען למען הנתבע כשהוא אינו בפנינו ויערער על שטר או גט. לרשב"א זה תלוי בשאלה האם יש כאן שינוי במציאות או שהשטר מייצג את המציאות ע"י העדים שבו. לעומת זאת לרמב"ן כשמדובר בממון יש מוחזקות כיון שהממון נמצא ביד הנתבע וב"ד צריך להוציאו ממנו, מה שאין כן באשה. ומ"מ שניהם יסכימו שהדין תלוי במציאות של "הקמת דבר" ולא יהיה כאן גדר של ספק דאורייתא לחומרא. אכן, לשון התוספות רא"ש דלעיל עדיין נשמעת כהבנת הנצי"ב, וצ"ע.

ומדייק הפני יהושע שם:

> וקשיא לי דאכתי משכחת אשת שני מתים בשלא נשתחררה וחזרה ונתקדשה לשמעון דנהי דקדושי ראובן תפסי בה מ"מ כיון שאין חייבים ע"י קידושין הללו אלא אשם כדמשמע מפירש"י ז"ל וכמ"ש הרא"ש ז"ל (סימן ל"ז) א"כ נראה דקדושי שמעון נמי תפסי בה דהא קי"ל קידושין תופסין בחייבי לאוין והכא ליכא אפילו לאו אלא אשם גרידא.

ונראה לענ"ד ליישב דהא דקי"ל בעלמא קידושין תופסין בחייבי לאוין היינו חייבי לאוין דעלמא אבל ע"י קידושין לא ובלא"ה לא משכחת קידושין אחר קידושין דכיון שתפסו קידושין של ראובן הרי היא ברשותו ואין לה יד לקבל קידושין מאחר, כן נראה לי.

כלומר – תפיסת קידושין לא תלויה בחומרת האיסור אלא בקיומו של קשר אחר, ואם קיים קשר אחר – הוא מונע מקשר אישות לחול, בין אם מדובר באיסור כרת ובין אם מדובר באיסור לאו.

וכמו כן, מצאנו שהגמרא בגיטין (פב, ב) הסתפקה האם חלים 'קידושי חוץ', שאיש מקדש אשה ואוסר אותה על כל העולם חוץ מפלוני. באופן כזה אם חלים הקידושין, האישה מקודשת, אבל קידושי אותו אדם שלא נאסרה עליו יכולים לחול. להלכה פסק השו"ע (אה"ע לח, לט) שחוששים לשיטה זו, ועל כך כותב האבני מילואים (לא, כג):

> ובאומר חוץ מפלוני אף על גב דאין מסורין לביאה שהיא מקודשת גמורה לכ"ע ואית בה איסור אשת איש אפ"ה תפסי בה קידושי פלוני כיון דאיסור הביאה לאו מחמת הקידושין אלא משום דמעיקרא דין אשת איש לה.

כלומר – הסיבה שלא תופסים קידושין באשת איש אינה איסור אשת איש, אלא המציאות של הקניין שמונעת מקניין אחר לחול. זו הסיבה שיש להתייחס לקידושין כקניין = כמציאות שחלה גם כשהדין נוגד אותה, והיא זו שגורמת לאיסורים לחול.

טו. קדושת הבית - גוף ועצמיות

את קניין קידושין למדה הגמרא מהחיבור בפועל "קיחה קיחה משדה עפרון". רגע קניית מערת המכפלה לקבורתה של שרה, מחבר יחד את הקניין הראשון של ארץ ישראל יחד עם הטמנת גופה הקדוש של שרה באדמת הארץ. ולא לחנם מכאן נלמד קניין קידושין.

ראשיתו של החיבור במהלך כל ספר בראשית. רש"י המפורסם מביא את דברי ר' יצחק שהתורה פתחה בבראשית כדי ללמד על רצון ה' שארץ ישראל תהיה קנויה לעם ישראל. יחד

עם המהלך הזה, מרגע יציאת אברהם לארץ, ועד סופו של הספר עומד מעשה העריות של כנען אל מול קדושת המשפחה של ישראל, כשבכל צעד אברהם ושרה ושאר האבות והאימהות עסוקים בבניין הבית: הצפייה לילדים, הצלת האשה מחטיפת המצרים והפלשתים, הצורך להתבדל מזרע נכרי.

הקשר בין שתי החוליות הללו מתאים לחיבור בין קניין הארץ לקניין המשפחתי במערת המכפלה, שנקראה מכפלה על שם הזוגות שנקברו בה יחד (רש"י בראשית כג, ט). אבל הקשר הזה עוד יותר פנימי: באורות ארץ ישראל למדנו שקדושת הארץ קדושה עצמית היא. שההתקרבות לאור הרזים מלמדת אותנו שקדושת ארץ ישראל אינה אמצעי למטרה אלא עצמית. אבל לא רק ביחס לארץ ישראל מלמדנו הרב כך אלא גם ביחס למצוות כולם, שהן עצמיות ופועלות בקדושתן לעורר את הקדושה שבנשמה. ובאורות הקודש (מוסר הקודש סע' מה) מנסח הרב את הרעיון שהוא שולל – סימבולים. מצוות אינן רק סמל שבא להמחיש לאדם רעיון אלא כח סגולי שפועל את הקדושה המיוחדת לאותה מצווה. ארץ ישראל עצמית, וכל המצוות עצמיות. הסיבה שאת נושא קדושת הארץ פתח הרצי"ה זצ"ל בערכו את אורות דרך ההבנה העצמית, וממנה לשאר המצוות, קשורה לעוד עיקרון בקדושת הארץ:

"הקדושה שטבע היא קדושת ארץ ישראל" (אורות התחיה כח). כלומר הקדושה שבגוף ובחומר עצמו. לכך מובילה העצמיות – הקדושה עצמית ולכן היא בגוף. כפי שלשון הגמרא "גופא" מכוונת לעיסוק בדבר עצמו. וארץ ישראל היא המכלול של הגוף הכללי בישראל, המכיל בתוכו אברים רבים של גופים קדושים – המצוות כולן. בכל תחום חיים יש דרך שבה הקדושה מופיעה בגוף במעשי המצוות.

זה עצמו המהלך של חיבור איש ואשה מנשמה לגוף. האהבה היא עצמית, אינה תלויה בדבר, וממילא גם אם הקניין הוא קניין שיש בו גמירות דעת, הוא חייב להיות גם קניין עצמי – שפועל מעצם המעשה ולא רק מהסימן שיש בו. ובאמת, כשם שבבסיס המשפחה הקשר הוא עצמי, כך בכל הקניינים יש פוטנציאל לקשר עצמי שהוא מעבר לגמירות דעת, והופך את החפצים של האדם לחלק מהבניין הזה.

והעצמיות הזו עצמה מובילה לקדושה מציאותית גופנית שהופכת את הקשר האישותי כמו הארץ לקודש שקיים כשלעצמו – לא רק בציווי של דין הנובע מתביעה כלפי המציאות שתתאים לדין, אלא מצד המציאות עצמה שהרי שמים וארץ יחד הם הקניין הראשון של "קונה שמים וארץ".