# ספר המקנה – ב'

## הרב זלמן נחמיה גולדברג

לפי החידוש הזה של הקצות, ששעבוד שונה ממכר, ניתן ליישב את דברי הקצות במקום אחר. נאמר בתורתנו הקדושה (ויקרא י''ט כ'): "וְאִישׁ כִּי יִשְׁכַּב אֶת אִשָּׁה שִׁכְבַת זֶרַע וְהִוא שִׁפְחָה נֶחֱרֶפֶת לְאִישׁ וְהָפְדֵּה לא נִפְדָּתָה אוֹ חֻפְשָׁה לא נִתַּן לָהּ בִּקּרֶת תִּהְיֶה לא יוּמְתוּ כִּי לא חֻפָּשָׁה". ומבואר בתורה שבעל פה (בבלי גיטין מ''ג ע''א), שמדובר כאן על אשה שחציה שפחה וחציה בת חורין, כגון שהיתה שפחה של שותפים והאחד שיחרר אותה.

אחת ההלכות שנאמרו (בגיטין שם) בשפחה חרופה, היא לגבי ייבום: "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". כלומר, ההלכה אומרת שזיקה הבאה מכח שני אנשים אינה זיקה לחייב ייבום. בא רב חסדא ומחדש, ששפחה חרופה שנתקדשה לשני אחים, והשתחררה בין הראשון לשני, אינה נפטרת מייבום. כי היא לא יכולה להתקדש לשניהם, ואם קידושיה לראובן קידושין קידושיה לשמעון אינם קידושין, ולהפך.

שואל **הפני יהושע** על אתר: "אכתי משכחת אשת שני מתים, קודם שחרור וחזרה ונתקדשה לשמעון דקדושי שמעון נמי תפסי בה כיון שאין חייבין על קידושי ראובן רק אשם, לא הוי אפי' כחייבי לאוין דעלמא דקידושין תופסין בה". דהיינו - באשת איש, אומר הפנ''י, לא תופסים קידושין, אך שפחה חרופה יש עליה רק חיוב אשם, ולכן קידושין יכולים לתפוס בה, ונמצא שתיתכן מציאות של 'אשת שני מתים'. מתרץ הפני יהושע: "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 קידושי ראובן הרי היא ברשותו ואין לה יד לקבל קידושין מאחר". עכ"ל. חידוש גדול מחדש הפני יהושע - אי היכולת לקדש אשה נשואה, אינו נובע מהאיסור שרובץ עליה, מחיוב המיתה שמוטל על החוטא איתה. אי היכולת נובע מהעובדה הפשוטה שהיא כבר שייכת למישהו, שהיא ברשות ראובן, וממילא שמעון לא יכול לקדש אותה.

אך **האבני מילואים** (סימן מ''ד סק''ד) לא מקבל את דבריו, ומקשה עליו מהגמרא בקידושין (ס''ז ע''ב) הדנה באריכות מהו המקור לכך שלא תופסים קידושין, ובסופו של דבר היא לומדת זאת מהיקש. ולפי דברי הפנ''י, טוען האבני מילואים, הדיון לא מתחיל, כי בכלל אי אפשר לקדש אשה נשואה, שהיא כבר ברשותו של מישהו. אלא ודאי שאי היכולת לקדש נובע אך ורק מהאיסור הרובץ עליה, וממילא שפחה חרופה שאין עליה איסור כרת, יכולה להתקדש לשני אנשים.

ותירץ **ר' חיים** את קושיית האבני מילואים- הסיבה שהגמרא בקידושין נזקקת לדרשות כדי ללמוד את חוסר היכולת של נשואה להתקדש, הוא בשביל הילדים. מצד האשה, אין צורך לפסוקים כדי לומר שהיא לא יכולה להתקדש, כי זו סברא פשוטה שהיא כבר ברשות מישהו, כדברי הפני יהושע. אך הגמרא דנה מצד ממזרות, שרק אשה שיש עליה חיוב מיתה, ילדיה מזנות הם ממזרים, כי הסברא של הפנ''י לא גורמת לממזרות רק לחוסר יכולת לקדש.

עכ''פ האבני מילואים עצמו מתרץ, שהסיבה שלא תופסים קידושי שמעון בשפחה היא לא בגלל שהיא נשואה, אלא בגלל שהיא נשואה לאחיו. זאת אומרת, מצד עצם הנישואין קידושין תופסים בה, אך מצד איסור אשת אח הקידושין לא תופסים. אך צריך להבין, מה יענה האבני מילואים לסברת הפני יהושע? הרי זו סברא פשוטה שאשת ראובן לא יכולה, במציאות, להתקדש לשמעון? ולפי דברי הקצות, מחבר האבני מילואים, ניתן ליישב - חפץ שנמכר לא ניתן לשוב ולמוכרו, אך קרקע שהשתעבדה ניתן לשוב ולשעבדה, כי שעבוד הוא לא טוטאלי כמו מכירה. וכן אשה היא לא קנויה לבעל, היא לא חפץ שלו, רק יש לה שעבודים כלפיו, בדיוק כמו שלו יש שעבודים כלפיה. זו מערכת זוגית בריאה. כל אחד משועבד לשני, אך אף אחד לא שייך או קנוי לשני. לכן היינו חושבים, לולא הפסוק, שתופסים קידושין גם באשה נשואה, כי היא רק משועבדת.

ואגב אורחא, נעיר עוד בעניין החילוק שבין שעבוד למכר. נחלקו **הרמב''ן** (הובא בבעל התרומות שער מ"ח ח"א סי' ב') **והרשב''א** (ב"ב קסז, ב ד"ה כותבין, הובא בב"י סימן ל''ט סעיף י"ט), מה הדין באדם שאמר לחבירו שילווה לו כסף, והלך הלווה על סמך הבטחה זו, וכתב שטר שבו הוא חייב את הכסף למלווה, ולאחר מכן המלווה התחרט והוא לא רוצה להלוות לו. הרמב''ן אומר שהוא לא יכול לחזור בו, כי נשתעבדו לו כבר נכסי הלווה, אך הרשב''א פסק שיכול לחזור בו.

שואל **הקצות** (סימן ל''ט סק''ח): "הא שיטת **הרמב"ן** (קידושין ח, ב ד"ה מנה) גבי נתן לה משכון ואמר לה התקדשי לי בו דאינה מקודשת דהוי משום דאגיד גביה וכשיטת הרשב"א...וא"כ אמאי נתחייב המלוה במה שקיבל שט"ח, מה מהני שט"ח כיון דהלוה אגיד גביה"? כלומר - הגמרא בקידושין (ח' סע''א) אומרת שאם אדם אמר לאשה הרי את מקודשת לי במנה זו והניח לה משכון עליו אינה מקודשת, ד'מנה אין כאן משכון אין כאן'. וביאר הרמב''ן, שכיון שהמשכון עדיין לא יצא לגמרי מרשות הבעל, כי הרי הוא חוזר אליו, אין כאן כסף גמור ולכן היא אינה מקודשת. ואם כך, שואל הקצות - כיצד אומר הרמב''ן שהמלווה נתחייב להלוות בגלל קבלת שטר החוב, הרי השטר אינו תופס כיוון שהוא לא יצא לגמרי מרשות הלווה.

מתרץ הקצות: "ונראה - דודאי כסף או חליפין שקונין את הדבר הנקנה צריך להוציא מרשותו, ואם אגיד הקונה בכסף או בחליפין אינו קונה את הדבר הנקנה לו, אבל זה שזכה בשעבוד קרקע נתחייב הוא בדמיו והוא אינו משום קנין, דהא המחזיק בקרקע שנתחייב בדמיו אינו משום קנין שקונה הכסף ע"י מה שזכה והחזיק בקרקע, אלא ממילא נתחייב בדמיו כיון שקנה הקרקע, וא"כ הוא הדין הזוכה בשעבוד קרקע נתחייב נמי בדמיו כיון שזכה במקחו דהוא שעבודו והוא אינו משום קנין".

זאת אומרת, הקצות מחלק בין קנין לשעבוד. לקנות בשטר החוב אי אפשר כי 'הלווה אגיד גביה', אך הלווה לא מבקש לקנות, אלא הוא מבקש שתמורת שעבוד הנכסים שלו הוא ילווה לו כסף, ושיעבוד ניתן ליצור גם על ידי שטר לא מושלם כי שיעבוד אינו קנין גמור. ולפ''ז מיישב הקצות, קושיא של הש''ך על הרמב''ן: "עוד הביא **הש"ך** (סקמ"ט) ראיה מהא דאמר רב הונא (קדושין מ''ז ע''ב) השואל קרדום מחבירו בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנה, ואע"ג דנתחייב באונסין משעת משיכה ונשתעבדו נכסי שומר ואפילו הכי יכול לחזור". כלומר, הש''ך מוכיח שהמלווה יכול לחזור בו אף לאחר שיעבוד נכסי הלווה, ודלא כרמב''ן, מכך שהמשאיל יכול להתחרט על ההשאלה גם לאחר שנשתעבדו נכסי השואל. אך הקצות, לפי שיטתו, מיישב את הראיה. כיוון שבקרדום לא שייך התחייבות, כי הוא התחייב רק על הקרדום הזה, לכן צריך קנין, וכל עוד שלא היה קנין ניתן להתחרט.