

הרב יצחק ביסמוט

בגדר 'ולו תהיה לאשה'¹

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. ולו תהיה – אשה הראויה לו כתנאי לקנס
- ג. דיוק לשון הרמב"ם
- ד. לאו דקדשה להיכן הלך באונס
- ה. ישוב שיטת הרמב"ם בפטור קנס בחייבי לאוין
- ו. ראיית מרכבת המשנה וביאור גדר האישות
- ז. קושית האבנ"מ - איך במאנס מועילה כפיה לקדש? וישוב הגון
- ח. האם משכח"ל ביטלו ע"י נישואין לאחות אנוסתו?
- ט. שעת חלות החיוב לכנוס תלויה אם ראויה בשעת האונס

א. הקדמה

בפרשת כי תצא בפרשת מוציא שם רע, ומאנס נערה בתולה גזרה התורה דין מיוחד (דברים כב, יט) "ולו תהיה לאשה לא יוכל לשלחה כל ימיו" כך במוצש"ר, ובאונס כתיב (שם כט) "ולו תהיה לאשה תחת אשר ענה לא יוכל שלחה כל ימיו".²

ומבואר שעל המאנס ומוצש"ר חובה לקיים בנישואין את האשה שחטאו כנגדה ואסורים לגרשה כל ימיהם. אלא שישנו הבדל גדול בניהם במוצש"ר מדובר באשה שכבר נשואה לו ואם כן אין צורך בפירוט סדר כניסתה לנישואין.

¹ לעי"נ חמו"ז מרת גולדה (דרייר) בת ר' ישראל יוסף הכהן, נלב"ע יא בכסלו תשע"ה.

² על משמעות ההבדל בין לשון "לשלחה" במוצש"ר לעומת "שלחה" באונס כתב המנ"ח (מי תקנו) שנפק"מ להתראה, ובביאור ההבדל עיין משך חכמה שם שכתב דבאנוסה אסור שתהיה משולחת ובמוצש"ר אסורה כלל פעולת השילוח בגט ונפק"מ לגט סמוך למיתה לפטור מיבם דשרי באנוסה כדרשת הספרי "אבל משלחה ליבם" ובציץ אליעזר חלק יט, קו בשם הגר"ח ברלין זצ"ל הביא הסבר נוסף.

בגדר 'ולו תהיה לאשה'

אבל באונס שהיא עדיין לא אשתו, ישנו איסור לגרשה כל ימיו אבל כיצד הוא סדר כניסתה לנישואין הללו לא מפורש בגמרא ובראשונים האם מקדשה וכיצד מקדשה וכו'.

מהפסוק שכתוב "ולו תהיה לאשה" היה ניתן ללמוד שצריך לקדשה דהויה בכל מקום "ויצאה והיתה" היא הוית קידושין.

מאידך במוצש"ר גם כתוב לשון זה ושם א"א לומר שהכוונה לקידושין אכן בגמרא במכות (טו,א) לא יאמר ולו תהיה במוצש"ר שכבר אשתו ואם אינו ענין וכו' אבל בספרי שתי הפסוקים הם נדרשים בשווה "מלמד ששותה בעצמו ואפילו חירת ואפילו סומא וכו'" ומשמע דהויה כאן וכאן שווים וכאן וכאן היא עציצו באיזה שהוא מובן בצורה שווה.

גם בגמרא בכתובות (לט,ב) דורשים "ולו תהיה" באונס היינו מדעתה ולא לעצם הצורך בקידושין.

ואף בתחילת פרק אלו נערות (כט,ב) דרשו שמעון התימני ור"ש בן מנסיא דבעינן לחיוב קנס שתהיה בה הוית קידושין או ראויה לקיום ולמיעוטי חייבי כריתות ולאויין מקנס, ולכאורה לא מובן הרי יש צורך בלשון זו לעצם סדר כניסתה לנישואין.³

במאמר זה ננסה לבאר מהו סדר כניסת האנוסה לנישואין ומהי הזיקה למאנס.

התעוררתי לזה כי בגמרא ובראשונים לא מצאתי עד עתה שום משמעות לכך שצריך האונס לקדש, ואם כך מנלן? אפשר שאין צורך בקידושין כלל וכפי שיבואר. ואם אין צורך בקידושין, יש להגדיר מהי זיקת האישות לאחר האונס וכיצד היא נגמרת או פוקעת.

יש לציין שלגבי מפתה איתא בקידושין מו,א "מהר ימהרנה לו לאשה" שצריכה הימנו קידושין".

ובכתובות (לט,ב) לומדים מפסוק זה שבמפתה זה תלוי בדעתו.

³ עיין בשטמ"ק שהקשה כן ותיירץ דא"כ הל"ל "וישאנה" ולא לשון קידושין ולשון תהיה משמע קידושין ולכן דרשו לעניין קנס דבעי ראוי לקיום או יש הויה. ולא כ"כ מובן מה מיותר לכתוב שישאנה בדרך קידושין עד כ"כ שדרשו לענין קנס דתליה בזה?

והן הן הדברים, כיון שבמפתה אין כל חיוב משום צד להנשא, לכך יש צורך בקידושין קודם הכניסה לנישואין שהרי התורה לא חייבה את המפתה לכנס או לקדש ויכול לשלם הקנס ולהפטר ולכך יש צורך בקידושין משא"כ באנוסה וכדלהלן.

ב. ולו תהיה – אשה הראויה לו כתנאי לקנס

במשנה ר"פ אלו נערות איתא דבחיבי לאוין וחייבי כריתות יש חיוב קנס דאונס ומפתה.⁴ ומקשה הגמרא והני בני קנסא נינהו ואמאי אקרי כאן "ולו תהיה לאשה" אשה הראויה לו? ומרבינן מנערה נערה הנערה בתולה בתולות הבתולות, ומרבים לחיוב קנס חייבי לאוין וחייבי כריתות אף שאין שייך בהם חיוב של "ולו תהיה לאשה". ולאפוקי מהאי תנא דבעינן אשה שיש בה הויה לשמעון התימני וכולל חייבי לאוין דתפסי בהם קידושין או לר"ש בן מנסיא אשה הראויה לקיימה ומפיק אף חייבי לאוין מחיוב קנס דחייב לגרשה.

והקשה הפנ"י מאי פסיקא ליה לתלמודא לאקשווי הכי "ולו תהיה לאשה" דבעינן ראויה לקיימא, כלומר מי אמר דבעינן קרא כדכתיב דלחיוב קנס צריך אפשרות קיום בנישואין? הרי קרא אצטריך דבעינן לדעתה כתוספות.

וביאור קושייתו: למסקנת הגמרא דיש ריבויים לקנס בחי"ל ובחיבי כריתות אם כן הדרשה של "ולו תהיה לאשה" אשה הראויה לו נדחית, ולכך הקשו בתוס' (כט, ב ד"ה וחד) לשתוק מ"ולו תהיה" ולא נצטרך את הריבויים?

ובשטמ"ק בשם הקונטרסים הקשה הרי את הפסוק צריכים לגופיה דמצוה האונס לקיימה? ומתמצים דא"כ לכתוב קרא וישאנה דאין בה משמעות הויה. ומתמצים תוס' וי"ל דאיצטריך למידרש "ולו תהיה לאשה" מדעתה

⁴ בדף כט, א שואלת הגמרא "הני נערות פסולות אית להו קנס כשירות לית להו הכי קאמר וכו' ולא כ"כ ברור ההו"א ונראה שאין כוונת הגמרא לשאול כדי לתרץ, אלא כשכתוב במשנה "אלו" משמע אלו דווקא ורואים בהו"א דיש מקום לחיוב קנס יותר בפסולות מבכשרות וצ"ב. ונראה דלקמן גמרינן לחייבי לאוין וכריתות מקראי דבתולה בתולה הבתולות ונערה נערה הנערה ופירש רש"י דחד קרא לגופיה היינו לכשירה ותמהנו מה הצורך בקרא לרבות כשירה? ונראה דלאחר שמרבינן חייבי לאוין וכריתות לקנס וגמרינן אנוסה ממפותה ובמפותה אין דין קנס כשכונסה והיינו בכשירה. ושפיר בעינן קרא לרבווי כשירה דהו"א דבכשירה אין קנס כיון שמחויב לכונסה לכן בעינן לחד קרא לגופיה ומובן למה בעינן חד קרא לגופיה גם באונס וגם במפתה דד"ז לא גמרינן מהדי ממש וכן ההו"א אחרת ודו"ק.

עכ"ד. ולאחר קושיית הקונטרסים לא כ"כ מובן מה משמעות לשון "ולו תהיה לאשה" (עיין תוס' דף מ,א) דדוקא מדעתה.

ועו"ק הרי בפשטות צריך קידושין אחר האונס כשהיא רוצה בקיום הנישואין א"כ וודאי שצריך דעתה ככל קידושין, וכן צריך לשון הויה דבעינן שתהיה בת קידושין משום דצריך לקדשה והיינו לגופיה ואיך ס"ד דקרא אייתר לקיום דין קנס דווקא באשה הראויה לו?

מכל הנ"ל נראה אולי לפרש בגמרא כך: "ואמאי אקרי כאן ולו תהיה לאשה אשה הראויה לו" והלשון 'אקרי כאן' אומר דרשני דהל"ל והא בעינן ולו תהיה לאשה באשה הראויה לו וכו'.

ואם יורשה לומר דבפרשת מוציא שם רע הכתובה קודם לכן בפרשה כתיב "ולו תהיה לאשה לא יוכל לשלחה כל ימיו". ובספרי (אות צו באותיות המלבי"ם) "מלמד ששותה בעציצו ואפילו היא חגרת ואפילו היא סומא ואפי' היא מוכת שחין נמצא בה דבר זימה או שאינה ראויה לבא בישראל יכול יהיה רשאי לקיימה ת"ל ולו תהיה לאשה אשה הראויה לו" ונראה ששם היא עיקר הדרשה וכיון ששם מדובר כבר שהוציא שם רע אחר תפיסת קידושין ואחר כניסה לנישואין וע"כ לדרשה אתיא דרשינן דבעינן שתהא ראויה לקיימה ע"מ לקיים דין קנס.

וכן הלשון "שותה בעציצו" דבמשנה היא לגבי אונס, כאן הלשון מכוונת, מלמד "ששותה בעציצו" שהוא כבר שלו ובוזה הוא שותה אפילו חגרת וכו' וא"כ דרשינן דבעינן אשה ראויה לו לחיוב קנס.

היינו כיון שכבר כנסה וקידושין תפסו בה ובוזה בוודאי לא שייך אם אינה ראויה להויה דשייך קנס וע"כ במוצש"ר אין קנס אם אינה ראויה לו.⁵

ועפ"ז שאלת הגמרא תתפרש כך: והני בני קנסא נינהו ואמאי איקרי כאן "ולו תהיה לאשה" כלומר באונס כתיב כמו שבכתוב במוצש"ר ולו תהיה

⁵ רעק"א בדו"ח כתובות מ,ב וז"ל: "מסתפקנא בנשא חייבי לאוין למ"ד קידושין תופסין בחי"ל והוציא עליה ש"ר דאינו יכול לקיים ולו תהיה לאשה אם אינו פטור מעונש מאה כסף כמו בקנס דאונס ומפתה לר"ש בן מנסיה כיון דאינו יכול לקיים ולו תהיה לאשה פטור מהקנס ולדין דמחייבין הוא מכח רבוי אבל במוצש"ר דליכא ריבוי י"ל דפטור מקנס ולא מצאתי עדין גילוי לדין זה" וכתב האו"ש סוף הלכות נערה דמצא גילוי לדין בירושלמי דבמוצש"ר אין הריבויים וא"כ כשאינה ראויה לו (היינו בחי"ל למ"ד דתפסי) אין קנס.

לאשה ושם דרשינן דבעינן ראויה לו והתם זה בהכרח מתנאי הקנס וא"כ שאיקרי כאן "ולו תהיה" גם כן בעינן אשה הראויה לו:

ועל זה באים הריבויים דנערה והבתולות דיש חיוב קנס גם באלו.

עכ"פ נראה דעיקר הדרשה אינה נידחת דהיינו דלשון ולו תהיה לאשה והיינו דשונה בעצמו כדבמשנה והיינו דזה עצמו אלא דמרבין מנערה הנערה ובתולות, דחיוב קנס אינו תלוי בזה.⁶

וא"כ שואלים תוס' לישתוק מהריבויים ומ"לו תהיה לאשה" ומתרצים דאיצטריך "ולו תהיה לאשה" דבעינן לדעתה כלומר העולה מדרשת הפסוק שהוא שונה בעצמו כמו מוצש"ר והיינו שזה עצמו ומ"מ בעינן לדעתה דהיינו דכשהיא בת קידושין לגביו בעינן לקיום ההויה הקודמת היינו זיקת האישות שנוצרה באונס או בפיתוי, לדעתה והיא המשווה את ההויה.

וכל הריבויים הם לאפוקי משמעון התימני דאף לחיוב קנס אשה שיש בה הויה ונייד מדרשת הפסוק "אשה הראויה לו" כקושיית הגמרא, אלא דרש "שיש לו בה הויה" דבעינן לחיוב קנס שיש בה הויה קידושין כלומר כיון דבאונס מוסכם שיש בראויה דין "ולו תהיה" בעינן דבכל קנס יהיה בביאה אפשרות קידושין⁷ וברש"י "ומשמע ליה תהיה לשון הויה קידושין" וכיון שאינו סובר הריבויים נשאר הדין המקורי דבעינן שבביאה תהיה הויה קידושין ולכן כבר עכשיו יש לו בה הויה קידושין וכיון דבחי"ל יש תפיסת קידושין וא"כ היה בביאה אפשרות קידושין יש גם קנס ובזה מתקיים קרא כדכתיב.

ולרבי שמעון בן מנסיא דבעי ראויה לקיימא וברש"י "משמע ליה תהיה לשון קיום" ובזה טפי משמע שאף שאפשרות קדושין היתה בביאה, אעפ"כ כדי

⁶ והן אמנם דבמשנה לקמן לט, א מובאת דרשה זו לענין גם באונס "ולו תהיה לאשה" אך בתוס' מ, א ד"ה "ניתני" הקשו היכי ס"ד דיבא עשה דולו תהיה וידחה ל"ת הרי העשה הוא דווקא בראויה לו ולאחר שתיירץ בגמרא דכיון דאי אמרה לא בעינא ליתיה לעשה כלל ומפני זה לא דחי עשה את ל"ת, א"כ מה הצורך בדרשה ד"לו תהיה" אומרים תוס' דאה"נ דמ"לו תהיה" דרשינן רק מדעתה ולהכי ממעט אשה שאינה ראויה לו עכתי"ד ומבואר כנ"ל וא"כ אף שמצינו בספרי דרשה זו לענין אונס הרי שהדברים יתפרשו על דרך תירוץ התוספות.

⁷ ר"ל כיון שא"א לדרוש כבמוצש"ר דהיינו ש"תהיה" הוא הווה מתמשך היינו תמשך להיות, באונס בעינן קיום דבאשה שאין בביאה אפשרות הויה אין קנס.

לקיים פרשת אונס צריכינן אפשרות לקיום הקידושין שעברו (כמוצש"ר) וזה ליכא בחייבי לאוין ולכן ממועט מפרשת אונס אף מקנס.⁸

וזכינו לדין מחודש בפרשת אונס דברוצה היא א"צ קידושין כלל ואף שלא נמצא לע"ע גילוי מפורש לזה בגמרות ובראשונים, עכ"פ שצריך לקדשה גם לא נתפרש בשום מקום.

שו"מ שמרכבת משנה (איסורי ביאה יז, טז) כתב כך להדיא:

אמנם אחר העיון דברי רבנו ברורים דבפ"א מה' נערה מבואר מלשון רבנו דכל אנוסה ומפותה שנושא אותה האונס ומפתה א"צ שיחזור ויקדשה אלא סגי בנשואין לבד דהיינו חופה או ביאה לשם אישות והטעם דכשנושאה מהני למפרע הביאה של זנות לאירוסין ואם אינו כונסה אין כאן אפי' ריח קידושין וכו'.

ולאחר שנתחדש ונמצא כן בדברי האחרונים ניתנה רשות להביא עוד ראיות וסוגיות המתפרשות ע"ד זה.

מכות טו: "אמר עולא לא יאמר לו תהיה לאשה באונס וליגמר ממוציא שם רע ומה מוציא שם רע שלא עשה מעשה אמר רחמנא ולו תהיה לאשה אונס לא כל שכן אם אינו ענין לפניו תנהו ענין לאחריו שאם גירש יחזיר".

וכבר תמה בפנ"י שם איך ניתן ללמוד אונס ממוצש"ר דשאני התם דכבר אשתו היא משא"כ באונס שאינה אשתו היא ואינה קנויה לו ע"י ביאה זו מהיכי תיתי נאמר שיהיה חייב לישאנה? עכת"ד בקושיה.⁹

ולמבואר ע"פ המרכבת משנה ל"ק כלל דבפשטות סבר עולא דאונס אינו צריך לקנותה אלא היא כבר כאשתו כמוצש"ר, אלא שתלוי ברצונה כדרשין בכתובות.

(ולפ"ז הק"ו עולה יפה ומה מוצש"ר שלא עשה מעשה כלומר חטאו אינו במעשה אישות וקנין שהרי נשאה כדת וככל נשי דעלמא קודם לכן ומדוע לא

⁸ ואפשר דנחלקו מה הפטור מקידושין באונס האם משום שחשיב הביאה כביאת קידושין למפרע או דחידשה התורה דבפרשה זו א"צ לקידושין וכעין חקירת האחרונים ביבום.

⁹ ובמה שתיירץ שם שאין הכוונה שישתוק קרא לגמרי מהחיוב של אונס אלא שיכתוב קרא כבמפתה "מהר ימהרנה לו לאשה" ומזה גופא ג"כ רואים דבמפתה כתוב קידושין במפורש וזו גופא ראייה דאפיק קרא למצוות קיום האנוסה כבמוצש"ר ולא כבמפותה ניתן ללמוד כנ"ל.

יוכל לגרשה ככל אשה וא"כ אין קשר בין העונש לקיימה כל ימיו לבין המעשה ובכ"ז אמרה תורה ולו תהיה וכו' באונס שעשה מעשה היינו מעשה קנין אישות לא כ"ש שיהיה חייב לקיימה).

ג. דיוק לשון הרמב"ם

ונראה שדין זה מבואר ברמב"ם (נערה בתולה א, ג) וז"ל:

המפותה שלא רצתה להנשא למפתה או שלא רצה אביה ליתנה לו או שלא רצה הוא לכנוס ה"ז נותן קנס והולך ואין כופין אותו לכנוס ואם רצו וכנסה אינו משלם קנס אלא כותב לה כתובה כשאר הבתולות.

אבל האנוסה שלא רצה היא או אביה להנשא לאונס הרשות בידם ונותן קנס והולך רצתה היא ואביה ולא רצה הוא כופין אותו וכונס ונותן קנס שנאמר ולו תהיה לאשה הרי זו מצות עשה אפילו היא חגרת או סומה או מצורעת כופין אותו לכנוס.

הרי לנו שכתב רק לשון "לכנוס" והיינו נישואין ובכל הלכות נערה בתולה לא מובא אזכור לגבי דין קידושין של האונס.¹⁰

ואפשר לדחות שלא כל דבר צריך להיות כתוב ברמב"ם ובכלל כניסה לנישואין יש גם קידושין, ובכל מקום שצריך לישא צריך קודם לקדש וסמך על מה שכתב בהלכות אישות בכל אשה, ומאי שנא?

אלא שנראה לענ"ד שאין זו דרכו של הרמב"ם לסתום ולא לפרט וכפי שמפרט בדין יפת תואר (מלכים ח, ו) "וצריכה להמתין שלשה חדשים חדש של בכיה ושני חדשים אחריו ונושאה בכתובה וקידושין".

¹⁰ המנ"ח מ' תקנו אות יב כתב "ודע דמצוה זו דילול תהיה" כאן אין הפירוש שיקדש אותה ובזה מקיים המצוה, דמה שותה בעציצו יש בזה שיקדש אותה והוא יקח אשה אחרת והיא תתעגן, מאי טובה לפניו ודרכיה דרכי נעם כתיב. אלא הפירוש שיכנוס אותה וחייב בשאר כסות ועונה וכו' " ונראה שבה לתרץ לשון "תהיה" שכאן אין הפירוש קידושין כבכל מקום אלא כניסה לנישואין ובזה מיושב לשון הרמב"ם שכופין אותו "לכנוס" ומ"מ בדברי המנ"ח אין גילוי לדין שצריכה קידושין אלא שאין יוצא בקידושין יד"ח ואדרבא מההשוואה בסוף לשונו למוצש"ר, והתם וודאי אין הכוונה שיקדשנה דהיא כבר אשתו משמע כדברינו.

וכן בהלכות יבום הרמב"ם מפרט את סדר היבום שצריך מאמר מדברי סופרים¹¹, וכן נראה דרכו של הרמב"ם לפרט בכל דין את סדר העשייה וא"כ שתיקתו במקום זה צריכה תלמוד.

והעומד לנגדנו הוא לשונו בדין מפתה כאן בראשית דבריו שכתב: "שאין כופין אותו לכנוס" וגם בבבא זו לא כתב לשון קידושין, ואילו במפתה מפורש בגמרא קידושין מו, א "מהר ימהרנה לו לאשה שצריכה הימנו קידושין".

ובלאו הכי קשה קושיית הראב"ד, שהביא המ"מ (אישות א, ד), דהא לרמב"ם כל הבא על הפנויה בלי קידושין לוקה משום לאו ד"לא תהיה קדשה" ולקמן פוסק הרמב"ם דהיכא שלוקה אינו משלם וא"כ איך משלם קנס דמפותה כיון דלקי?

וכבר כתבו האחרונים דמפתה דקרא היינו במפתה לשם אישות ולכך לא שייך מלקות (עיין ישועות יעקב כו סק"א) וא"כ כיון שסתם מפתה היינו לשם אישות אין צריך קידושין אחרים.¹²

ד. לאו דקדשה להיכן הלך באונס

והנה כתב הרמב"ם (נערה בתולה ב, יז) וז"ל:

אני אומר שזה שנאמר בתורה אל תחלל את בתך להזנותה שלא יאמר האב הואיל ולא חייבה תורה מפתה ואונס אלא שיתן ממון לאב הריני שוכר בתי הבתולה לזה לבוא עליה בכל ממון שארצה או

¹¹ יש לדחות שבהלכות יבום הוצרך לפרט שצריך מאמר כיון שהוא מד"ס ושאינו מנשי דעלמא, לא יכל לסמוך על מה שכתב בהלכות אישות. (הערת עורך)

¹² הגמרא קידושין מו, א דנה אם מפתה דקרא היינו מפתה לשם אישות או לא לשם אישות בעניין אפשרות הנערה למאן להנשא למפתה ושואלת הגמרא מפתה שלא לשם אישות קרא בעי? ופשוט שיכולה למאן אלא ודאי דחדית קרא דאם מאן ימאן שבמפתה לשם אישות ג"כ יכולה למאן אומרת הגמרא לומר שמשלם קנס כמפותה כלומר לעולם קרא במפתה לשם אישות וחידוש הפסוק שאף כשהיא ממאנת משלם קנס ועל זה אומר רב יוסף "אי הכי היינו דתנינא מהר ימהרנה לו לאשה שצריכה הימנו קידושין ואם פיתה לשם אישות קידושין למה לי? א"ל אביי צריכה קידושין לדעת אביה" ועיין ברש"י ובתוס' שם נחלקו אם רב יוסף לסיועיה לר"נ או שבא להקשות כך, דר"נ תירץ דקרא איירי במפתה לשם אישות והקשה רב יוסף אם כן למה הצריכה התורה קידושין אחרים הרי כבר קידשה בפיתוי לשם אישות? אמר אביי צריכה קידושין אחרים לדעת האב ופירשו שם הרשב"א והראב"ד שצריכה שיתרצה האב בקדושה ולא קידושין אחרים ממש וצ"ל שכך היא דעת הרמב"ם וא"כ מיושב שכתב רק לשון לכנוס במפותה דסתם מפתה לשם אישות וא"כ קידושין אחרים אלא רק הסכמה וכדלעיל. שו"ר שבבית יעקב (כתובות לה, ב) תירץ כך ברמב"ם.

אניח זה לבוא עליה בחנם שיש לו לאדם למחול ממונו לכל מי שירצה לכך נאמר אל תחלל את בתך להזנותה שזה שחייבה תורה לאונס ולמפתה ממון ולא מלקות בשאירע הדבר מקרה שלא מדעת אביה ולא הכינה עצמה לכך שדבר זה אינו הווה תמיד ואינו מצוי אבל אם הניח זה בתו הבתולה מוכנת לכל מי שיבוא עליה גורם שתמלא הארץ זמה ונמצא האב נושא בתו והאח נושא אחותו שאם תתעבר ותלד לא יודע בן מי הוא והמכין בתו לכך הרי היא קדשה ולוקה הבועל והנבעלת משום לא תהיה קדשה ואין קונסין אותו שלא חייבה תורה קנס אלא לאונס ומפתה אבל זו שהכינה עצמה לכך בין מדעתה בין מדעת אביה הרי זו קדשה ואיסור קדשה אחד הוא בין בבתולה בין בבעולה ולפיכך אמרו חכמים שהיוצא עליה שם רע בילדותה אין לה קנס כמו שבארנו שהרי זו בחזקת שהפקירה עצמה לדבר זה ברצונה.

ובכס"מ שם כתב שיש לדקדק בדברי הרמב"ם כאן שהרי בתחילת הלכות אישות כתב שלוקה משום קדשה אף בלא מזומנת לכך וכן פירש הרב המגיד שם בדברי הרמב"ם.

ועוד צ"ב כיצד יצא האונס והמפתה מדין איסור קדשה משום "שדבר זה אינו הווה תמיד ואינו מצוי" וכי היכן מצינו שיהיה מעשה הנעשה במזיד יוצא מאיסור לאו בגלל שנעשה דרך מקרה ועראי?¹³ והוצרכה התורה ללמדנו שהפסוק בפרשת קדושים "אל תחלל את בתך" מגלה דאף באב המוסר את בתו יש איסור קדשה.

ומסביר הרמב"ם, שיש צורך בזה משום שאונס ומפתה אינם לוקים בלאו דקדשה דאם היו לוקים לא היו משלמים קנס דבכל התורה כולה היכא דמחייב מלקות וממון לוקה ואינו משלם.

אבל היה אפשר לומר דבאונס ומפתה גילתה תורה דמשלם ואינו לוקה כמו בחובל דבפירוש ריבתה תורה לתשלומין אף שעובר על לאו, או שאפשר היה לומר דקנס דקרא משלם היכא דלא אתרו ביה.

¹³ יש ליישב שכיון שעסוקים אנו באיסור קדשה ואם אין זה הווה תמיד היא אינה קדשה (הערת עורך).

אמר הכותב: כיון שבזה גופא נחלקו הרמב"ם והראב"ד ריש אישות וברמב"ם עסקין דלאיסור קדשה אין צורך במזומנת תמיד וא"כ זו מעין קושית הכ"מ דלעיל (י.ב.).

ובמשנת רבי אהרן (קידושין סימן א) כתב לישב דאכן לרמב"ם בכל ביאת פנויה יש לאו ד"לא תהיה קדשה" אלא דכשיש חיובי כתובה דהיינו שאר כסות ועונה בזה לא מחשב ביאת זנות.

ודייק מלשון הרמב"ם במנין המצוות שבתחילת הלכות אישות: "מ"ע לישא אשה בכתובה וקידושין" "מל"ת שלא תיבעל בלא כתובה ובלא קידושין" והקשה הרי לא משכחת לן כתובה בלי קידושין, ובקידושין בלא כתובה אין לאו וא"כ הכל תלוי בקידושין למה כתב הרמב"ם כתובה?¹⁴

ותירץ דמשכחת לה בגוונא דאונס ומפתה¹⁵ דכיון שמתחייב לנושאה ע"י ביאה זו שוב חשיב חיובי כתובה (היינו שכו"ע) וא"כ לא הוי ביאת זנות כיון שיש בה אפשרות של אישות.

ומעתה מיושב דאף שאמרה תורה באונס ומפתה דעלמא שאין מלקות אלא רק ממון בדרך אקראי כלומר חד פעמי שכיון שאנסה מתחייב לנושאה (ברצונה וברצון האב).

אבל כשמחלל בתו להזנותה לכל מי שירצה, בלי חיוב נישואין הבא כתוצאה ממעשה חד פעמי של אונס או פיתוי, גלתה לנו התורה ע"י שנכפל הלאו שיש גם בזה לאו דקדשה.

כלומר התורה זיכתה לאב בביתו זכות קנסה כיון שהוא תוצאה של מעשה אישות וקידושין, וכדרך שזיכתה לו את קידושיה.

אמנם הגר"א קוטלר לא כתב מפורשות שכשכונס אינו צריך לקדש אבל נלענ"ד שניתן להוסיף שכיון שהביאה אינה ביאת זנות כיון שמחייבתו לכנוס, א"כ במילים אחרות נאמר כאן דין ביאת קידושין או ביאה שיצרה זיקה המחייבת אישות כעין זיקת יבמין שזקוקה ועומדת אף בלי קידושין.

וא"כ אומר הרמב"ם אף שהאב בעלים על הזכויות בבתו ואין לאו דקדשה באופן שגובה קנס דאונס ומפתה אל תלמד מכאן שמופקע מכאן לאו דקדשה בבתו לכך נכפל לאו ד"לא תחלל".

¹⁴ ועוד הקשה קושיית הקדמונים, שהרי כתובה דרבנן ואיך תלוי איסור בכתובה והיא מד"ס? ולזה ציין לגר"א סימן כו דכתובה היינו חיובי כתובה דשאר כסות ועונה.

¹⁵ אף במפתה יש חיוב לכנוס אם אינו רוצה לשלם קנס כמפורש ברא"ש יבמות ו, ז ובבאור הגר"א אבה"ע קעז, יט.

וא"כ כיון שבתו יצאה מן הכלל של "לא תהיה קדשה" בפרשת אונס ומפתה ולכן אין מלקות והיינו מפני אפשרות האישות, אתי רחמנא וכפל לאו דלא תחלל דבאופן שמחלל בתו בלי חיובי אישות אין זה בכלל הפטור, וחוזר דין קדשה כבכל פנויה.

ה. ישוב שיטת הרמב"ם בפטור קנס בחייבי לאוין

ברמב"ם (נערה בתולה א,יא) באנס חייבי לאוין והתרו בו לוקה ולכן אינו משלם קנס וז"ל:

היתה בתולה זו אסורה על האונס או המפתה אם היתה מחייבי כריתות כגון אחותו ודודתו והנדה וכיוצא בהן או שהיתה מחייבי לאוין אם התרו בו הרי זה לוקה ואינו משלם קנס שאין אדם לוקה ומשלם.

והקשו עליו, שהרי בהלכות אסורי ביאה (טו,ב) כתב דבחייבי לאוין רק אם קידש לוקה והיא השגת הראב"ד שם על דינו של הרמב"ם, וכדמות קושיית חכמי לוניל שהובאה במגיד משנה וקושיית בנו ר"א שהביא בכסף משנה שם.

במשנת רבי אהרון כתב ליישב ע"פ תשובת ר"א בן הרמב"ם, שכתב שלוקה משום קדשה ולא משום חייבי לאוין.

והסביר ע"פ דרכו שבאונס אין לאו דקדשה מפני שהחיוב לכונסה וחיובי כתובה וכדלעיל דקידושין לבד או כתובה (היינו חיובי כתובה שכו"ע) לבד מורידים איסור קדשה ועל כן בחי"ל שאין העשה של "ולו תהיה לאשה" חוזר לאו דקדשה כבכל פנויה.

אלא שהקשה על עצמו שבחייבי עשה כתב הרמב"ם שמשלם קנס "בין התרו בו בין שלא התרו בו" ולפי זה הרי יש לאו דקדשה כיון שאינו יכול לקיימה וגם בזה צריך להיות הדין כבחייבי לאוין שיחזור לאו דקדשה?

וחילק בין אפשרות של קיום "ולו תהיה לאשה" בחייבי לאוין לחייבי עשה דבחייבי לאוין בטל העשה לגמרי כיון שאפשר לקיים שניהם היינו כשאומרת לא בעינא, ובחייבי עשה נשאר העשה דלו תהיה אלא דמספקא דמאי אולמיה האי עשה מהאי עשה ולכן אמרינן שוא"ת אבל העשה לא מתבטל ולכן בדיעבד יש אפשרות קיום.¹⁶

¹⁶ ע"פ הנו"ב בתשובה לחתנו שבסוף מהדו"ק דבחייבי עשה שיבם קנה דכיון שאינו מייבם רק משום דעשה ועשה אמרינן שוא"ת אבל אם עשה קנה ודימה הגר"א קוטלר זצ"ל

והיינו דבתחילה הסביר דצריך שהביאה תפעל אפשרות נישואין בפועל, ובזה אינה ביאת קדשות וכשבא להסביר ע"פ זה למה בחייבי עשה אין איסור קדשה (אף בהתרו בו מדין קדשה) משמע שצריך אפשרות תיאורטית לקיום וסגי בזה לקיום העשה אף שאסורה עליו משום עשה (ובפועל לא נניח לו לכנוס).

ובתוך דבריו כתב "האמנם יש לדון דדין קדשה אינו תלוי בהמציאות אי מחייבין אותו לישאנה אלא רק אם חל הדין דולו תהיה לאשה, ושוב נמצא דהביאה פעלה דין אישות."

מפורש בדבריו דהיכא דיש מצוה לכנוס הביאה פועלת דין אישות ומכח זה אין איסור דקדשה אף שבפועל לא נכפה לכנוס.

אבל דבריו קצ"ע בחילוק זה שהרי מהסוגיה והתוספות (מ,א ד"ה ניתי) משמע שיש מצוה אף בחייבי לאוין אלא שמלמדים אותה לומר לא בעינא ולכך הגמרא מקשה שיבא עשה וידחה ל"ת.¹⁷ ובסברא נראה לענ"ד דניתן יותר להבין דדין קדישה חל בחוסר אפשרות מציאותית דאז אין חייב לכנוס ואינו יכול בפועל לכנוס ובזה חייבי לאוין ועשה שוים.

ולכן הוצרך לומר דבחייבי עשה אף שאין אפשרות מעשית לכנוס כלל כיון שנשאר העשה (דאין עשה דוחה עשה) נמצא שהביאה פעלה אישות מסויימת.

השתא דאתית להכי אילו ניתנה רשות נראה לישיב פסק הרמב"ם באופן אחר. עפ"י דברי מרכבת המשנה הנ"ל דהביאה באונס פועלת קידושין באופן שאם כונס ברצונה א"צ לקדשה מחדש, נמצא שבעל חייבי לאוין בביאת קידושין ולכך לוקה בהתרו בו משא"כ בחייבי עשה דאין מלקות.¹⁸

לחייבי עשה בקיום לנישואין באונס דאין העשה מתבטל ולכן אין לאו דקדשה דסגי בזה שעדיין יש עשה לקיימה (ובאו הדברים ביתר ביאור באוסף חידושי תורה מהגר"א קוטלר סימן כ אות ז).

¹⁷ שהקשו תוס' שם איך ס"ד דיבא עשה וידחה ל"ת הרי בחייבי לאוין וכריתות אין עשה דדרשינן במשנה "אשה הראויה לו" ותרצו דאין ממעטים מיתורא דקרא חיי"ל אלא דרשינן "מדעתה" וכיון דבעינן לדעתה ולהכי ממעט אשה שאינה ראויה לו דא"א לא בעינא, וכאן הגמרא שואלת דהיכא דאמרא בעינא יבא עשה וידחה ל"ת ומשמע דאף בחייבי לאוין נשאר העשה.

¹⁸ בקובץ הערות סימן נ חקר לשיטת הרמב"ם דבעינן קידש ובעל אם הם שני חלקי האיסור, או זזה תנאי שהביאה תהיה בדרך אישות ובנד"ד יותר מרווח לומר כצד השני אבל גם לצד הראשון שייך שילקה כיון שגם ה"קידושין" הם באיסור אלא ששני החלקים הם במעשה אחד ובזה לא מצינו פטור. (עיין מני"ח מ' תקנט גבי מקדש חייבי לאוין בביאה דתפסי קידושין).

ונראה שגם הגרא"ק נגע בסברא זו בלשונו "דנמצא שהביאה פעלה אישות" אלא שהוא הוריד ע"י זה את הלאו דקדשה ולהנ"ל א"צ לזה דלא משום קדשה אתינן עלה אלא מצד חייבי לאוין ע"י קידושין.¹⁹

ו. ראיית מרכבת המשנה וביאור גדר האישות

ונשוב לראיית מרכבת המשנה. הרמב"ם (איסורי ביאה יז, טז) באיסור עשה דכהן גדול בבעולה כתב:

אנס נערה בתולה או פיתה אותה אפילו אנסה או פיתה אותה כשהוא כהן הדיוט ונתמנה כהן גדול קודם שיכנוס הרי זה לא יכנוס ואם כנס מוציא.

והנה באירס אלמנה קודם שנתמנה פסק הרמב"ם כסתמא דגמרא (יבמות סא, א) "אירס את האלמנה ונתמנה להיות כהן גדול יכנוס" ובגמרא (נט, א) ממעטינן אירס את הקטנה ובגרה תחתיו מדרשה דיקח דהיינו דבאשה אחת אנו דורשים דבקיחה בהיתר קודם שנתמנה שרי לכנוס ודווקא אלמנה מרבינן דלא אשתני גופא וזו הסיבה שאם אירס קטנה ובגרה תחתיו לא שרינן ליה לכנוס.

ובתוספות שם ד"ה הא בארו שאף באירס קטנה, אם בגרה ואח"כ נתמנה מותר לו לכנוס, ומסתפקים בנעשית בעולה או מוכת עץ אחר שנתמנה (דאם קודם שנתמנה משמע שמותר כמו בבגרה קודם שנתמנה) אם חשיב כאשתני גופא כבגרה תחתיו.

והמ"מ כתב שם דפשוט הוא שלא אמרו שיכנוס באלמנה אלא כשיש קיחה דארוסין בעודו כהן הדיוט משא"כ אם אנס או פיתה בעודו כהן הדיוט²⁰ דליכא קיחה אפילו דאירוסין אלא לאחר שנתמנה לא (יכנוס) וז"פ עכ"ת"ד.

¹⁹ באותה הלכה כ"ל הרמב"ם חייבי כריתות שהתרו בהם משום מלקות דלוקים ואין משלמים ובה אין מקום לומר שהביאה תעשה דין אישות, ופשוט שבחייבי כריתות אין צורך לקידושין כלל בהתרו בו למלקות דהיכא דלא תפיס קידושין לא מצריך הרמב"ם קידושין וכמבואר דכהן הבא על הגויה לוקה ואף שאין קידושין אלא מבואר דהיכא דאין תפיסת קידושין לוקה אף בלי קידושין (וכן בהערות הגריש"א לקידושין עה "דעיקר הקפידא של התורה שלא יהיה מחוסר לקיחה הראויה בה) ונראה דלרמב"ם שבעל בלי קידושין אינו לוקה בחייבי לאוין היינו משום שזה איסור קדישה וככל פנויה ולכן לא מהניה התראתו משום החייבי לאוין משא"כ כשמקדשה אין איסור קדישה צריך להתרות בו משום חייבי לאוין בשביל המלקות.

²⁰ במ"מ הנדפס כתוב כאן "כ"ג" ותוקן במהדורת הרב ש. פרנקל ע"פ המרכבת המשנה "כהן הדיוט".

בגדר 'ולו תהיה לאשה'

ודבריו הוקשו למרכה"מ, דברמב"ם אין כל משמעות שאם אירס את אנוסתו קודם שנתמנה מותר לכנוס ואדרבה ברמב"ם כתוב "לא יכנוס" ואפשר דאף אחר אירוסין בעודו כהן הדיוט לא יכנוס? ולכך מסביר מרכבת המשנה במ"מ וברמב"ם דכיון דבאונס ומפתה אין מעשה קידושין, לכן אינו מועיל לדין זה, דדוקא באירס בהיתר ולא אשתני גופא מותר לכנוס.

לכן בעיני "קייחה דנשואין בהיתר" (וכעת בנישואין היא בעולה) ולא שייך כאן הדין הואיל והותרה כבאלמנה או בבגרה ואח"כ נתמנה והדומים כמו שכתב קודם לכן בהט"ו "אירס בעולה ונתמנה כהן גדול ה"ז יכנוס אחר שנתמנה".

אלא שעדיין דבריו צריכים ביאור דבתחלת דבריו כתב "דכשנושאה מהני למפרע הביאה של זנות לאירוסין" ואם כך הרי אירס (שפיתה או אנס) בעודו כהן הדיוט למה לא יוכל לכנוס?

ונראה לבאר בגדר האישות והקידושין באונס ומפתה דבר חדש - ישן ובהקדם כמה קושיות.

בראשונה, הרי מ"מ הדבר תלוי בדעתה ונצטרך לדין ברירה וקיי"ל דאין ברירה בדאורייתא.

ועוד פשוט שאין הבא עליה בחנק כא"א וזה מוכח מקידושין דף י באו עליה י אנשים באונס ובירושלמי מפורש שיכולה לברור למי מהם להנשא וא"כ מה הוא גדר האישות כאן?

וני"ל להסביר בדרכו של הגר"ח (חידושי הגר"ח אישות ז, טז) בענין לא מצינו חמותו ממאנת שהנמו"י וה"ה הקשו על הרמב"ם שפסק דבמקדש עובר קידושיו קידושין וא"כ משכ"ל שחמותו הנשואה לאחיו עיברה בעודה קטנה וקידש את עוברה ואח"כ מיאנה חמותו (דבנים הרי הם כסימני בגרות רק לאחר לידה).

והסביר הגר"ח דקידושין תפסי בעובר מיהא איסורים ל"ש אלא לאחר לידתה. וא"כ חמותו תיאסר אחר הלידה אף שכבר יש תפיסת קידושין בביתה וכשתולד מיד תהיה מקודשת ולכך לא מצינו חמותו ממאנת.

ורואים שיש בקדושין שני חלקים: א. החלק המחייב את הקידושין²¹ והוא הקנין שחל אף בעובר. ב. הקידושין עצמם האיסור - דאסירא לכו"ע כהקדש שחל רק בלידה.

בקידושין באופן הרגיל חקרו האחרונים מהי הסיבה והמסובב בבי חלקים אלו, ויש שחילקו בין קידושי כסף לשטר וביאה ועכ"פ שני החלקים חלים כאחד במעשה הקידושין.

אבל ישנם מציאויות של אישות בהם חל רק חלק הקנין ולא חלק האיסור כפי שצייר הגר"ח בקידושי עובר ויש שסברו כן באישות שפחה חרופה,²² או בשרגא דליבני דתופסים בה אפילו קידושי מאה²³ (לחד מ"ד) ויש שהשתמשו בחלוקה זו אף בהגדרת זיקת יבמה (אבי עזרי יבום וחליצה א,ג).

ועפ"ז אפשר לומר דבאישות אונס ומפתה כיון שחייבה התורה את האישות מצידו כלומר דע"י מעשה אונס נוצר החלק הקנייני שבקידושין אבל רק מצד התחייבות הבעל לכנוס, ולפי זה מיושב כל קשה:

מה שהקשנו דלפי הנחת היסוד של מרכבת המשנה מעשה הקידושין הוא הביאה ולכן אין צורך בקידושין נוספים ומיד לאחר מכן כתב "ואם אינו כונסה אין כאן אפי" ריח קידושין". וכוונתו דיש כאן קנין מצד התחייבותו לכונסה ובזה סגי ולכן כבר אין צורך בקידושין וגם לא יועילו קידושין גם אם קידש את אנוסתו קודם שנתמנה דאין כאן מקום לקידושין.

מאידך גיסא כל עוד לא ימומש חלות הקידושין ע"י שהיא תרצה ויכנסנה אין משמעות איסורית לקידושין אלו ואינם אוסרים אותה לעלמא אלא לאחר שהיא תרצה ויכנסנה.

ולכן לא ניתן להגדיר את מעשה האונס כקידושין גמורים וכמקדש אלמנה קודם שנתמנה או לקדשה קטנה ונתמנה לאחר שבגרה, דכל הקידושין כאן הם רק התחייבות מצידו לשאתה ומשמעותם כצד הקנייני שבקידושין ולכן אין כאן "בתולה יקח" לא באירוסין ולא בנישואין.

²¹ כוונתו דבעודה עובר לא חלו קידושי איסור רק חיוב או התחייבות להתקדש לו מיד כשתולד וזה חלק מהקדושין.

²² עיין אבני משפט ו' בענין אישות שפחה חרופה עמ' 137 ואילך 141 בדברי האחייעור שהובאו שם בהדגשה.

²³ עיין פסקי הלכות יד דוד חלק שני עמוד 350 דאין כאן א"א של מיתה וכתר.

ז. קושית האבנ"מ - איך במאנס מועילה כפיה לקדש? וישוב הגון

ונראה בזה לישיב כמה קושיות שהקשו האחרונים:

האבני מילואים (מב) הקשה לסוברים שבכפיהו לקדש מדינא לא הוה קידושין דהוי כתלוהו לקנות ותלוהו וקני ל"מ (אף במקח - שיטת בעל העיטור) א"כ היכי אמרו אונס שותה בעציצו וכופין אותו לקדש הא הוי כתלוהו וקני?

ותירץ דאף למ"ד תלוהו וקני לא קנה היינו משום דלקנות בעינן רצון חזק וכל שבעל כרחו לא קנה אבל קידושי אשה אינם קנין שהרי היא אינה ממונו ואין בקידושין אלא שנאסרה לכל העולם עכת"ד.

ולפי חידוש המרכבת המשנה הנ"ל אין כאן קושיה כלל כיון דאין כאן כפיה לקידושין וקנין אלא לכנוס ולנהוג עמה כמנהג אישות בשכו"ע ואין כאן כל כפיה לקנין.

אמנם לאחר העיון נראה לקרב השיטות דלשון האבנ"מ מורה על כוונה אחרת בזה וז"ל "וכיון שאין גופה קנוי לבעל ואין בקידושין כי אם שנאסרה ע"י לכל העולם וכל כה"ג אפילו ע"י אונס מהני כיון שמחויב בדברו הוי ליה כעין מכר"

ומלשוננו משמע דהא דמהני קידושין ע"י אונס של המקדש היינו רק בחלק האיסורי, והוא החלק השני של הקידושין לכך היכן שהתחייב לקדש באיזה שהוא אופן המועיל מהני הכפיה דאין כאן כפיה לקנות דבזה הוא כבר מחויב "לקיים דברו" וזה כתלוהו וזבין והיכא שנתחייב באיזה שהוא אופן או ע"י התחייבות או במעשה אונס וכד' שפיר אפשר לכופו לקיים דברו.²⁴

²⁴ קידושין מד, ב בדין קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה צריכה גט וצריכה מיאון ואמר רב נחמן והוא ששדכו פרש"י "הא דאמר צריכה גט כששידך בה לאביה קודם קידושין דאיכא לסיפוקי שמא נתרצה כששמע והוה להו קידושין למפרע" וקשה איך יועיל הריצוי לעשות את קבלת הקטנה לקידושין למפרע? ואמנם ע"פ דברי הגר"ח הנ"ל וההסבר באבנ"מ מבואר שהתחייבות להתקדש היא שלב בקידושין המתחיל קידושין וא"כ כששידך ודיבר עם אביה קודם ואח"כ קיבלה קידושין וכששמע האב נתרצה אילו היה הריצוי בשעת השידוך היה מועיל קבלתה כי ההסכמה של האב והתחייבות להתקדש היא שלב בקידושין שאחריו אפשר לגמור אפילו בע"כ של הבעל כמבואר באונס וכ"ש שיועיל אפילו בלי ידיעת האב אילו היתה הסכמה ברורה והתחייבות באופן מועיל בשידוך. (ועי' באוצר הפוסקים סי' נ אריכות בדין ביטול שידוך). והנה ע"פ זה יתחדש דין דכשהתחייב לה החתן לישא אותה או שהיא התחייבה במעשה הפיתוי נוכל לכפותו או לכפותה להתקדש. ובבית מאיר קעז, א "הטוענת פיתת אותי בהבטחה שתשאני והוא מודה בזה אלא שחוזר בו מהבטחתו צריך לי עיון אם לא יהא מחויב ממש לישאנה על פי הבטחה זו כמו אילו נדר לה אתן דקיי"ל שגופו נשתעבד באתנן או בדניו וה"ה בזה למה לא יתחייב

וא"כ המחלוקת היא רק אם צריך מעשה קידושין נוסף בפועל או דסגי בכניסה אבל לעניין מהות האישות שנתהוותה בעקבות האונס נראים הדברים קרובים זל"ז.²⁵

ח. האם משכח"ל ביטלו ע"י נישואין לאחות אנוסתו?

בספר פני שלמה מכות טז (לגר"ש גאנצפריד בעל הקצור שו"ע) כתב להקשות בשם חכם אחד דלפי מה שכתב שעה"מ בחופת חתנים סעיף ה דלתוספות (יבמות צז, א ד"ה עריות) איסור קרובות אשתו הם דוקא בנשואין אבל ע"י קידושין לא נאסר בקרובותיה.²⁶

והגמ' במכות טו, א מעלה אפשריות של ביטול העשה וכך ילקה בלאו ד"לא יוכל לשלחה". ולפי שער המלך משכח"ל בגוונא שקידש האונס את אנוסתו ולא כנסה וגירשה ולאחר מכן נשא את אחותה דבזה נאסרה לו אחות אשתו.

ובתירוץ השני כתב זז"ל: "ועוד נראה לפע"ד, דהאונס אף אם קדש את האנוסה כל שלא כנסה לא קיים את המצוה ד'ולו תהיה לאשה' ואין זה בכלל אונס שגירש מחזיר ואינו לוקה דמשמע אונס שעשה כמצוותו וכנסה ואח"כ גרשה".

והדברים כפשטן קצ"ע, שהרי הגמרא מעלה אפשרות של ביטול העשה באופן של "קטלא" א"כ אוקימתא של נשואי קרובתה אינה אפשרית רק מפני שכתוב בברייתא "אונס" היינו אונס שקיים מצוותו? ואם גירש והצליח לגרש מה אכפת לן אם קיים את מצוותו או לא הרי עבר על הלאו?

ונראה בכוננתו דכיון שמצוותו בנישואין, גירושין רק מארוסין אינם גירושין והיינו טעמא מפני שלא שייך קידושין באנוסה כדלעיל כיון דכך מצוותו

לקיים בהבטחתו הא למה זה דומה לאומר לחבירו שמור לי היום שנשתעבד גופו לשמור לו למחר והוי שומר שכר" וא"כ שהצליח ליצור התחייבות מצידו לקדשה חייב לקדשה אף שכבר קיבל "רגליים קרות". (ועיין עוד בכת"ע נועם כרך ה במאמרו של הרב גרשון אריאלי בענין שותה בעציצו בזה"ז).

²⁵ ונראה דכמו שכתב הרמב"ם בקדושי עובר דצריך לקדשה שוב שתלד כדי שיהיו קידושין בלא דופי וכפי מה שהובא בגליוני השי"ס ר"פ דקידושין בשם שו"ת מהר"ם ב"ב סימן תלב שאף במקדש ע"י שליח יש לו לקדש שוב בעצמו כדי לקיים מצוה בו יותר מבשלוחו וא"כ חזינן דכל חסרון אפילו צדדי בקידושין הראשונים כקיום המצוה בו ולא בשלוחו מחייב או מאפשר לקיים שוב מעשה קידושין.

²⁶ והקשו במעשה חושב ופתי"ש סמן טו סק"ד על התוס' ממקומות רבים דמשמע שאיסור קרובות אשה הוא מיד בקידושין וכשיטת הרמב"ם ועיין במה שתיירץ בזה הבית ישי שליט"א סי' מא אות ב.

בנישואין וא"כ ל"ש ביטול בכה"ג כיון שלא חשיב לא קידושין ולא גירושין וכשם שבאשתו (או בזקוקתו) לא תופס קידושין כך באנוסתו אין למעשה קידושין משמעות.

ט. שעת חלות החיוב לכנוס תלויה אם ראויה בשעת האונס

המנ"ח (מ' תקנז) כתב שברור אצלו שחלות המצוה של 'ולו תהיה לאשה' תליא בשעת הביאה, ואם בשעת הביאה היתה אסורה עליו כגון שאנס את אחות אשתו ואח"כ מתה אשתו והותרה לו, אין מתחדש עליו החיוב לשאתה דכיון דבשעת הביאה לא היתה ראויה לו ולא חל באותה שעה החיוב אינו מתחדש.

ובהמשך דבריו כתב, שאח"כ נתיישב שאין זה ברור כל כך שאפשר שזה תלוי בדין דיחוי אצל מצוות בדחוי מעיקרא, שוב כתב ע"פ סברת הטו"א דבמצוות הנמשכות מתחדש חיוב חדש ול"ש תורת דיחוי כלל.

ובאפיקי ים (מב ד"ה ובמנ"ח) כתב שכנראה לא היה ספר הירושלמי לפניו דמבואר שם להדיא (כתובות פגו) 'היה נשוי אחותה כבר נפטר מתה כבר נפטר' והתקשה בזה שהרי סברת הטו"א היא סברא אלימתא דלא שייך דיחוי בכה"ג? וע"כ צ"ל בטעמיה דהירושלמי דכיון דלא חל עליה החיוב בשעת ביאה תו לא חל אח"כ כמו שכתב המנ"ח בתחילה.

ובקובץ הערות (ד, יב) "והיינו דהחיוב לישאנה צריך לחול בשעת ביאה וכו' וצ"ל דגבי ולו תהיה לאשה הביאה היא הסיבה המחייבתו וכיון שבשעת חובתו היה פטור לא יתחייב אח"כ".

והנה לפי חידוש מרכבת המשנה הנ"ל ד"כשנושאה מהני למפרע הביאה של זנות לאירוסין" מובן שפיר דין הירושלמי, דאם בזמן הביאה לא היה לו תפיסת קידושין כיון שהיא ערוה עליו ל"ש שיחויב לכנוס אף אם מתה אשתו מ"מ הוי כקידש אחות אשתו לאחר שתמות אחותיך דהוי דבשלב"ל.

וכשנתבונן בזה נראה שלזה נתכוונו גדולים אלו: המנ"ח, האפיקי ים והקובץ הערות שכתבו שהכל תלוי בזמן הביאה ואז רק יכול לחול החיוב לישאנה. וזה כתבו אף שנקטו שהמצוה של 'ולו תהיה' היא מצוה מתמשכת והיה צריך לחול החיוב כשהותרה ע"פ הסברא אלימתא של הטו"א, אלא כוונתם נראית כנ"ל.