

הרב יוחנן גבאי

רצון בקידושין

ראשי פרקים

א. מקור

1. סמ"ג – "והלכה והיתה לאיש אחר"
2. רש"י – דעת מקנה
- ב. היחס בין קנין במכר לקנין באשה
- ג. איש המקדש בעל כרחו
 1. מגיד משנה – הקידושין חלים
 2. בעל העיטור והרי"ף – הקידושין אינם חלים
- ד. רצון האשה - גדרו
- ה. שתיקה – גילוי הרצון והוכחה על הסכמה

א. מקור

"דמדעתה אין, שלא מדעתה לא". כך מבואר בקידושין ב,ב. במקור הדין מצאנו שתי גישות:

1. סמ"ג – "והלכה והיתה לאיש אחר"

הסמ"ג (במצוות עשה מת) כתב שהטעם שצריך רצון האשה בקידושין הוא מהפסוק "והלכה והיתה לאיש אחר" (דברים כד) משמע שמתקדשת מדעתה שכן הולכת מרצונה להתקדש.

2. רש"י – דעת מקנה

לעומתו רש"י (קידושין מד,א ד"ה קידושין) כתב טעם אחר והוא "שבעינן דעת המקנה", דהיינו כמו שבכל קנין צריך דעת המקנה ה"ה בקדושי אשה.

בדברי רש"י ישנה לכאורה סתירה, שהרי ביבמות (יט,ב) הביא את טעמו של הסמ"ג שהטעם משום "והלכה והיתה לאיש אחר" (וכפי שנרמז בגליון הגמ' קידושין ב,ב).

החתם סופר (בחידושיו לבי"ב מז,ב) מנסה ליישב דברי רש"י ומחלק כך: הסוגיא ביבמות עוסקת בקדושי מאמר ביבמה, וצריך הסכמה ורצון כמו בכל

קדושי אשה (לדעת חכמים). רש"י נצרך ללמוד זאת מהפסוק "והלכה והיתה לאיש אחר" ולא מהסברא שצריך דעת מקנה כיון שביבמה לא היא מקנה את עצמה אלא מן השמים הקנו לו. והא דבסוגיא בקידושין כתב הטעם שבעינן דעת מקנה, ולא את הפסוק "והלכה והיתה" זאת משום ששם עסקינן בקטנה שאביה קידש אותה ואין שם רצון שלה אלא רצון אביה ולא שייך טעם של והלכה והיתה כיון שאביה הוא המקנה ולכן נצרך לטעם של דעת המקנה. מדברי הרשב"א (קידושין ב,ב) משמע שסובר כדעת רש"י שבעינן דעת מקנה.

וזה תורף דבריו – הגמ' שואלת מדוע המשנה כותבת האשה נקנית ולא האיש קונה. עונה הגמ' – אי תנא קונה הוא אפילו בע"כ, תנא האשה נקנית דמדעתא אין, שלא מדעתה לא. שואל הרשב"א מה ההו"א של הגמ' שאשה תקנה בע"כ והרי בכל מעשה קנין צריך הסכמה ודעת הבעלים?

ותירץ: כיון שלמדנו בגמ' ב"ב (מח,ב) שאם אנסו אדם למכור קרקע המכר חל (תליוהו וזבין זביניה זביני) הו"א שה"ה בקדושי אשה, קמ"ל שאין הקידושין חלים משום גזירת חז"ל כיון שהוא עשה עימה שלא כהוגן יעשו עמו שלא כהוגן.

מכח קושית הרשב"א על דברי הגמ' משמע שסבר שהצורך ברצון בקידושין נובע מכך שצריך דעת מקנה כמו בשאר קנינים, ולא מטעם גז"כ הקש "והלכה והיתה" (כדעת רש"י ביבמות).

להלן נביא מספר נפ"מ בין טעמו של הסמ"ג לטעמם של רש"י והרשב"א.

הגמ' בב"ב (מח,ב) בסוגית "תליוהו וזבין" הגיעה למסקנא "והלכתה בכולהו דהוי זביניה זביני... ואמר אמימר תליוה וקדיש קידושיו קידושין, מר בר רב אשי אמר באשה ודאי קידושין לאו הו – הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו עימו שלא כהוגן ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה".

במחלוקת זו כאשר קדשו אשה בעל כרחה אנו פוסקים כמר בר רב אשי שאין הקידושין חלים ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה. וכתב הרשב"ם שם שמדאורייתא האשה מקודשת.

לפי דברי הסמ"ג שרצון בקידושין נלמד מפסוק א"כ הקידושין לא חלים מדאורייתא (דלא כדעת הרשב"ם). וא"כ לדבריו מה כוונת הגמ' 'הוא עשה שלא כהוגן יעשו עמו שלא כהוגן'?

ועוד צריך ביאור לדבריו שכתב (מצווה מח) וז"ל: והמקדש אשה בע"כ אינה מקודשת אבל האיש שאנסוהו שיקדש בעל כרחו הרי זו מקודשת לאמימר

ולמר בר רב אשי אינה מקודשת... והגאונים תופסים עיקר דברי מר בר רב אשי".

והעיר על דבריו בהגהות מימוניות (אישות פ"ד, ה) שהרי משמעות הגמי' שם שעוסקת בקדושי אשה בעל כרחיה ולא בקדושי האיש בע"כ שכן כתוב "הוא עושה שלא כהוגן".

אפשר להציע הסבר בדברי הסמ"ג כך: כיון שרצון האשה בקידושין נלמד מהפסוק, א"כ לכו"ע, אדם שקידש אשה בעל כרחיה אינה מקודשת (אף מדאורייתא) לכו"ע ואמימר ומר בר אשי נחלקו לגבי האיש שאנסוהו לקדש והטעם משום שאין רצון האיש בקידושין נלמד מהפסוק. ומה שכתוב בגמ' הוא עשה שלא כהוגן לא מתייחס כלפי האיש המקדש אלא כלפי המאנס¹ את האיש לקדש לפיכך יעשו עמו שלא כהוגן ונבטל את הקידושין.

לפי זה ישנה נפ"מ בין דעת הסמ"ג לרש"י ורשב"ם בקדושי אשה בע"כ לדעת הסמ"ג אין הקידושין חלים אף מדאורייתא, ולדעת רש"י ורשב"ם מדאורייתא חלים ורבנן הפקיעו את הקידושין.

אמנם החתם סופר דלעיל כתב להוכיח בשיטת הסמ"ג שהקידושין חלים מדאורייתא, דלא גרע מדברי פסוק האומר "לרצונו" ולמדנו שאם מכריחים אותו נחשב כרצון, ה"ה בקדושי אשה אף שקבלה קידושין בע"כ כיון שפשטה ידה וקבלה היינו רצון ומתקדשת מדאורייתא.

וכתב עוד מיהו בספר עצי ארזים משמע דס"ל בדברי הסמ"ג שהפסוק "והלכה והיתה" בא ללמדנו שאינה מקודשת מדאורייתא (כדברינו לעיל) ודחה דבריו.

ב. היחס בין קנין במכר לקנין באשה

על היחס בין שני סוגי הקנינים אפשר ללמוד ממחלוקת האמוראים (ב"ב מח, ב) בין אממר למר בר רב אשי, שדעתו של אממר שם שתליוהו וקדיש קדושיו קידושין. מסביר הרשב"ם וז"ל "קבלה קידושין קדושיה קידושין דדמי לזביני שמוכרת עצמה לזה" משמע מדבריו שמשווה בין קדושי אשה לקנין מכר ולמר בר רב אשי שחולק וסובר "באשה ודאי קידושין לא הוו", מסביר הרשב"ם (בפרושו השני) דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש כדת

¹ ועיין בעצמות יוסף בקידושין ב, ב שהסביר כך.

משה וישראל² ורבנן אמור לא להוי קידושין נמצא שלא קדשה זה שהרי בדעת חכמים תלה והם אינם חפצים בקידושין³.

היוצא מדבריו שישנו הבדל בין שני סוגי הקנינים שקנין מכר בע"כ קונה וקדושי אשה בע"כ אינם חלים שהטעם לכך שחכמים מצריכים רצון אמיתי של האשה המתקדשת מה שאין כן בשאר קנינים³ וצריך להבין בסברא מדוע שונה קנין אשה משאר הקנינים?

הח"מ והב"ש (מב,א) שואלים: לכאורה ישנה סתירה בדברי הרמ"א, שבסימן ר"ה,א פסק הרמ"א כבעל העיטור שסובר שקנין באונס לא קנה (אנסוהו לקנות) ובסימן מב,א כתב השו"ע "האיש שאנסוהו עד שקידש בע"כ הרי זו מקודשת וי"א שאינה מקודשת הלכך הוה ליה ספק" והרמ"א לא העיר על דברי השו"ע לכתוב שאינה מקודשת⁴?

החתם סופר (חדושי ב"ב מח,ב) כתב שיש הבדל בין קדושי אשה לשאר הקנינים, וז"ל: שבקדושי אשה לא שייך לא קונה ולא מקנה אלא חליפין שהוא מוכר עצמו ומשעבד נפשיה לשעבודים ידועים כשאר כסות ועונה, וחלף זה היא מכירה ומשועבדת לו לתשמיש מן התורה, ולמעשה ידיה מדרבנן.

משמע מדבריו שקנין מכר יש קונה ומקנה, לפיכך הרמ"א פסק כבעל העיטור שאנסוהו לקנות – לא קנה, ואילו בקנין אשה הקנין אישותי דו צדדי בין האישה לאשה וא"כ הקידושין חלים אף אם האישה קדש בע"כ.

ועיין באבני"מ (מב,א) שכתב דתליוהו וקני לא קנה הטעם משום שלקנות צריך רצון טפי, וכל שבע"כ פועל את הקנין לא קני. אבל בקדושי אשה אינו קנין לגבי הבעל דנימא דלא קנה ואין גופה של האשה קנוי לבעל, וכל כה"ג אפילו ע"י אונס מהני כיון שמחויב בדברו הוה ליה כעין מכר.

וטעם הי"א שהובא בשו"ע שסברי דלא מהני באנסוהו לקדש לא משום שאין חל הקנין אלא משום שאפקעינהו רבנן לקידושין מיניה.

² בפרוש הראשון של הרשב"ם משמע שהקידושין חלים ורבנן מפקיעים את מעשה הקנין ובפרושו השני סבר שהקנין אינו חל מעיקרא.

³ יש לציין לפי דבריו משמע מדאורייתא הקידושין חלים וא"כ מדאורייתא אין הבדל בין קנין מכר לקנין אשה.

⁴ עיין בנתה"מ (רה, סק"יח) שמיישב כך את דברי הרמ"א שבקנין מכר פוסקים כדעת בעל העיטור שאנסוהו לקנות לא קני, ובקידושין משום חומרת הענין כתבו כדיעות שסוברים שקדושו חלים.

ג. איש המקדש בעל כרחו

1. מגיד משנה – הקידושין חלים

נחלקו הראשונים במקרה שקידש אשה בעל כרחו האם חלים הקידושין. לדעת בעל העיטור והרי"ף, הקידושין אינם חלים. לדעת ה"ה הקידושין חלים.⁵

הרמב"ם (אישות פד, א) פסק "האיש שאנסוהו עד שקידש בעל כרחו הרי זו מקדושת והשיג הראב"ד שם: "והוא שיאמר רוצה אני".⁶

וצריך לברר דברי הרמב"ם והראב"ד, מה טעם מחלוקתם?

הראב"ד שמצריך אמירת "רוצה אני" כנראה שמקיש גיטין לקידושין וכמו שבגרושין כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ואז נחשב כרצון ה"ה בקידושין צריך שיאמר רוצה אני.

ולדברי הרמב"ם מדוע שונה כפיה בגרושין מכפיה בקידושין?

הזכר יצחק (סימן כג) כתב: שבגט אשה צריך רצון יתר משאר הקנינים כדברי הרמב"ם (גרושין א, ב) שלמד מהפסוק "והיה אם לא תמצא חן בעיניו" שאינו מגרש אלא מרצונו ולכן בגט מצריך לאיש המגרש לומר "רוצה אני" מה שאין כן בקידושין.

וכתב הברכת אברהם (ב"ב מת, ב) טעם לדברי הרמב"ם שבנתינת הגט הבעל עושה את כל פעולת הגרושין וא"כ צריך רצון שלו יותר מבשאר קנינים ולפי זה במעשה הקידושין שנעשה ברצון האיש והאשה יחד אין צורך ברצון יתר ואין צורך שיאמר האיש רוצה אני בקידושין.⁷

⁵ מדוע חכמים לא הפקיעו את מעשה הקידושין כמו באשה שמתקדשת בע"כ? מסביר ה"ה כיון שיכול לגרשה בע"כ ולפי זה כתב ה"ה (מב, א) בימינו שיש חרם ר"ג שאין מגרשים בע"כ חכמים אכן יפקיעו את הקידושין.

⁶ עיין במגדל עוז שהעיר על דברי הראב"ד וכתב שלפי דעתו השגה זו לא יצאה מפי רבינו (הראב"ד) אלא אחד מהתלמידים כתבה.

⁷ הרי שאר הקנינים הם מצד המוכר בלבד ולא מצד הקונה ולפי סברת הברכת אברהם היה צריך רצון יתר במעשה הקנין ומדוע חל הקנין כאשר אונסים אדם למכור? וי"ל שעדיין שונה גט משאר – קנינים, שבגט אין האשה נותנת בתמורה לקבלת הגט ואף אין צורך בזכיתה (כדברי קצוה"ח בסימן רה) ואילו בשאר קנינים הקונה נותן תמורה למה שקנה ואין זה נחשב רצון של המוכר בלבד.

המגיד משנה מסביר דברי הרמב"ם שאינו מצריך בקידושין לומר רוצה אני כיון שהאיש הוא הפועל במעשה הקידושין אין לך רצון גדול מזה ואין צורך שיאמר בפיו רוצה אני.

2. בעל העיטור והרי"ף – הקידושין אינם חלים

צריך להבין מדוע לדברי בעל העיטור אין הקידושין חלים?

המאירי בריש קידושין כתב וז"ל "ואם אנסו את האיש וקידש יראה לי ג"כ שאעפ"י שאמר רוצה אני הואיל ומתוך האונס אמר כן אין קדושו קידושין... ולא עוד אלא שדעתי אף לדעת האומר שקדושי אשה בעל כרחא חלים. התם הוא דשקלה זוזי, וכל שיש שם נתינת מעות או אומרים אגב אונסי גמר ומקנה, כמו שאמרו בתליוהו וזבין אמרו, תליוהו ויהיב לא אמרו, שבמתנה הואיל ואין שם מעות אינו גומר ליתן באונס אף באומר רוצה אני... ומ"מ י"א שלא הצריכו נתינת מעות לגמר קנין אלא במקום שהמקנה מתחסר כגון מכירת קרקע אבל בקידושין שאין כאן חסרון ממון כל שאמר רוצה אני ואמר להקנית מקודשת עכ"ל.

עפ"י דברי המאירי אפשר להסביר דברי בעל העיטור שאין הקידושין חלים כיון שאין כאן מעות שקיבל⁸ ולפי זה אפילו יאמר רוצה אני אין הקידושין חלים.

והרמב"ם שחולק יסבור שאין צורך לקבל מעות עבור הקנין, אלא שלא יחסר ממנו, ולכן בקידושין אעפ"י שלא מקבל מעות כיון שלא נחסר הקידושין חלים.

ובגרושין כיון שמפסיד את האשה, ונחסר ממנו לפיכך מצריך הרמב"ם שיאמר רוצה אני כדי שיראה לנו הסכמה על מעשה הקנין.

⁸ יש צורך להביא הערת השטמ"ק (בי"ב מח, א) ששאל מדוע כאשר מכריחים את האשה להתקדש מקודשת והרי לא קיבלה מעות? וזה אינו דומה לאדם שמוכר קרקע בע"כ שהמכירה חלה כיון שמקבל זוזי גמר ומקני, ואין לתרץ שמקבלת כסף קידושין דא"כ כאשר מקדשה בביאה ובשטר מאי איכא למימר וי"ל דאשה ניחא לה דתיסוק עלה שמה דאישות, דהיינו נח לאשה שיאמר עליה שהיא נשואה כדברי ר"ל טב למיטב תן דו מלמיטב ארמלו, ואגב אונסא והנאה זו גמרה ומקניא נפשה, דאנן סהדי דבכל בעל ניחא לה (המאירי בריש קידושין מעמיד את סוגית הגמ' דוקא שקידש אשה בכסף שמקבלת תמורה בעד הקידושין). התוסי' בי"ב מח, ב (ד"ה קדיש) תירץ כיון שמתחייב לה שאר כסות ועונה בזה מקנה את עצמה ומסכימה לקידושין.

ד. רצון האשה – גדרו

קיימא לן שאין האשה מתקדשת אלא לרצונה וצריך לחקור מהו הרצון הדרוש לקידושין?

ישנה אפשרות לומר שדי ברצון פאסיבי דהיינו הסכמה בלבד למעשה הקידושין או שנאמר שצריך רצון אקטיבי דהיינו רצון פועל ומחדש לקידושין.

הר"ן בנדריים ל,א כותב וז"ל: "אלא מכיון שהיא מסכמת לקדושי האיש מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו, הלכך אין אנו דנים בקידושין מצד האשה אלא מדברי הבעל".

נחלקו האחרונים כיצד לפרש את דברי הר"ן:

האבני מילואים (כז,ב) הביא דברי הרמ"א שכתב: "האומר הרי את זקוקתי מקודשת אם הבינה דבריו" ודייק מדבריו שאפילו אין העדים מעידים שהאשה הבינה שזה מעשה קידושין, אלא שהיא מודה לנו שהבינה דבריו, הקידושין חלים. ולכאורה זה נחשב כמקדש בלי עדים ואין חלות לקידושין?

ותירץ עפ"י דברי הר"ן בנדריים כיון שהתורה אמרה כי יקח איש אשה, ולא אמרה כי תלקח אשה לאיש, משמע כאשר מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר הפקר והבעל מכניסה לרשותו, ולפי זה כיון שעיקר הקידושין מצד הבעל אי"כ כל דבר שבערווה שנוצר הוא מכח הבעל, ולכן אין צורך בעדים שיעידו על רצון האשה⁹ אלא בהודאתה בלבד. משמע מדבריו שתופס את דברי הר"ן כפשוטם, שהבעל הוא העושה והפועל בקידושין, ואין האשה אלא כמבטלת דעתה ורצונה בקידושין כהסכמה בעלמא.

אמנם בשערי יושר (שער ז פ"ב) מצאנו שחקר בדברי הר"ן מהו הענין שהאשה מחדשת ע"י הסכמתה לקידושין.

האם זה כרצון המצטרף וניחותא בעלמא או שנאמר שזהו רצון פועל ומחדש ענין חדש (כעין החקירה שהעלנו לעיל) וישנם נפ"מ בזה לכמה דינים בהלכות קידושין, כגון: אשה שגילתה דעתה שמתרצת לקידושין לפלוני ואח"כ יזרוק

⁹ עיין בשיעורי ר' שמואל (קידושין ה,ב) שכתב שהריטב"א (בקידושין מג) אינו סובר כדעת האב"מ, וזאת משום שבקידושין לא מהני אם הטמין עדים מאחרי הגדר, והם לא יודעים שיש עדים והטעם משום שיכולה לומר משטה הייתי בו אי"כ כיון שצריך עדי קיום צריך שידעו שיש עדים. דהיינו שגם האשה צריכה לדעת שיש עדים כדי שיחשב קיום לקנין. מוכח מכאן שבגמירות דעת של האשה צריך שיהיו עדי קיום ודלא כאב"מ.

אותו פלוני בפני עדים כסף קידושין בחדרה של האשה, האם חלים הקידושין? אם נאמר כצד הראשון בחקירה שלא בעיני רק התרצות בעלמא, היה מהני בכה"ג שיחולו הקידושין אף שנעשה שלא מדעתה, כיון שדבר זה זכות הוא לה א"צ ידיעה בפועל, אבל אם נאמר כצד השני בחקירה שהאשה מחדשת ופועלת ע"י רצונה בקידושין א"כ ודאי שבעיני מחשבה והסכמה בפועל בזמן הקידושין.

וכתב למסקנא כצד השני בחקירה שהאשה בהסכמתה פועלת ענין חדש, וראיתו מהגמ' בקידושין "המקדש במלווה ופרוטה אם דעתה אמלווה לא מהני הקידושין" פירוש הדבר שענין זה ודאי משום חסרון כוונה שמכוונת להתקדש ע"י המלווה עם הפרוטה ולפי זה, אם רצון האשה בקידושין, רק הסכמה בעלמא ולא ענין של מעשה קנין שפועל על ידה א"כ למאי נפ"מ אם סברה האשה שמתקדשת ע"י המלווה? אלא ע"כ רואים מכאן דבעיני כוונה ומעשה מחדש ופועל במעשה הקידושין.

בהמשך דבריו דן כיצד להסביר את דברי הר"ן בנדרים ל,א שכתב "שעיקר הקידושין מצד הבעל והאשה משוי נפשה כהפקר", שמשמע מדבריו שהאשה במעשה הקידושין רק מסכימה ואינה פועלת? והסביר שגם הפקר אינו מתחדש ע"י רצון לחוד אלא צריך עשייה וכוונה בפועל.

ובדברי הר"ן יש לחלק בין קנין קידושין לשאר קנינים, דבכל הקנינים אפשר לפעול ע"י המקנה לחוד, ובקידושין אמרה התורה "כי יקח" ולא כי תלקח דלא מהני שתכניס עצמה לרשות הבעל אלא הבעל קונה.

הברכת שמואל (קידושין סימן ב) מסביר את דברי ר' חיים מוולוז'ין (חוט המשולש) בענין דעת האשה בקידושין וזה תוכן דבריו שם: רצון האשה בקידושין אינו כרצון המוכר במקח וממכר, ששם מספיק רצון כדי שיתקיים תלות הקנין מה שאין כן בקידושין יש צורך ברצון תלתי שגומר דבר שבערווה, וא"כ בעיני הוכחה על רצון זה דאי ליכא הוכחה הוי דברים שבלב, ולא הוי דברים לענין גמר דבר שבערווה, ומביא ראייה לדבריו מדברי רוב האחרונים שסוברים שצריך עדים שידעו מה היתה דעת האשה בזמן הקידושין, וא"כ משמע מדבריו שלא מספיק הסכמה בעלמא אלא צריך רצון מחדש ופועל כדי ליצור את תלות הקנין של דבר שבערווה (משמע שסובר כדעת השערי יושר ולא כאבני מילואים).

בדעת רע"א (קידושין ו,א) אפשר לומר שסובר כדעת האבני מילואים וזה תוכן דבריו שם: "הרמב"ם (אישות ג,ו) כתב: "אמר לאשה הרי את זקוקתי

הרי את חרופתי... מקודשת" וכתב ה"ה והוא שתהא האשה מכרת לשון זה, וכן נפסק בשו"ע שהאשה מבינה לשון זה.

שואל הרע"א והרי בשעת קידושין לא היו העדים יודעים שמבינה דבריו ונתרצית, וא"כ הו' קידושין ללא עדים, וכבר כתב הרשב"א בסוגית "נתן הוא ואמרה היא" שיש לחוש שנתן לה במתנה, ואף שיאמר לאחר מכן שנתן לשם קידושין מ"מ לא הוי עדים בזמן הקידושין? וכתב נלענ"ד כיון שהעדים רואים שנתן לה לשם קידושין, והתורה תלתה את הקידושין בבעל ככתוב "כי יקח איש אשה", אלא דבעינן דעתה ורצונה שהרי בע"כ אינו יכול לקדשה, וכיון שאמרה לאחר מכן שנתרצית לשם קידושין – מקודשת, מפני שהעדים ראו שורש הקידושין אף שלא ידעו על הסכמתה, מ"מ מקרי עדי קידושין. ומה שנפסק במקרה שנתן הוא ואמרה היא דלא הוי קידושין, כיון שהקידושין פועלים מחמת המקדש, והוא לא נתכון אלא לשם מתנה ולא לשם מעשה קידושין לפיכך לא חלים הקידושין".

משמע מדברי רע"א שסובר ששורש מעשה קנין הקידושין תלוי במקדש ולא באשה, ובאשה צריך הסכמה בלבד שנתכוונה לשם קידושין. ואפשר שנדע את ההסכמה זו גם לאחר מעשה הקידושין.

נראה מדבריו שסובר כדעת האבנ"מ שאין צורך ברצון האשה 'רצון פועל ומחדש' אלא 'רצון והסכמה' בלבד.¹⁰

האבנ"מ (לא סק"י"ח עפ"י שיטתו בדברי הר"ן) מסביר את דברי הגמ' (קידושין ז, א) כך: אדם שאמר התקדשי לי לחצי מקודשת, חציך מקודשת לי אינה מקודשת ושאלה הגמ' על דבריו ונפשטו בכולה כאדם שמקדיש אבר מבהמה והכל מתפשט להקדש? ותירצו דהכא דעת אחרת.

מסביר האבנ"מ שהאשה מפקרת עצמה לקידושין וצריך רק רצונה ולא פעולת קנין של האשה ולפיכך ברצון לא אמרינן שמתפשט בכולה ורק דבר שמתקדש בקדושת הגוף שייך למימר מתפשט ההקדש בכולה.¹¹

¹⁰ עיין בקהילות יעקב (קידושין סימן ו) שמביא ראייה לדעת האבנ"מ מהגמ' בקידושין מד, ב בסוגיא קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה צריכה גט וצריכה מיאון מספק שמא אביה נתרצה ומדוע נחשב מעשה זה כקדושי ספק והרי העדים אינם יודעים מהו רצון אביה וכיצד חלים הקידושין? לפי הסבר האבנ"מ שלא צריכים העדים ידיעת רצון האשה וא"כ גם כאן אין העדים צריכים לדעת רצון האב בזמן הקידושין כיון שצריך הסכמה בקידושין ולא קנין פועל ומחדש.

ה. שתיקה – גילוי הרצון והוכחה על הסכמה

המחבר (סימן כז, א) פסק "אם היה מדבר עמה על פסקי קידושין ונתן לה אפילו בשתיקה הוי קידושין והוא שעסוקין עדיין באותו ענין והרמ"א כתב שם שלא בעינין שידבר עמה באותו ענין ממש אלא מענין לענין באותו ענין.¹²

דין זה נפסק ברמב"ם בלשון קצת שונה וז"ל (אישות ג, ח):

היה מדבר עם האשה על עסקי הקידושין ורצתה ועמד וקידש ולא פירש ולא אמר לה כלום אלא נתן בידה או בעל הואיל והן עסוקין באותו ענין דיו ואינו צריך לפרש.

בדברי הרמב"ם הדגיש וכתב "ורצתה" וכתב על זה הכס"מ והיא שהסכימה ואמרה כן ולא ששתקה דאלי"כ מאי ורצתה.¹³

הב"ש (סימן כז, סק"ו) כתב שמהבנת הפוסקים אפילו שלא אמרה כן מספיק ששתקה נחשב כרצון והסכמה ומקודשת (וכן משמע בהגהות מרדכי סוף גיטין) ננסה לבאר מה טעם מחלוקת של הכס"מ והב"ש.

בירור נוסף שננסה לבחון הוא – מהי כוונת האשה בזמן ששותקת האם נאמר ששתיקה זו מראה על הסכמה, מעין שתיקה כהודאה או שנאמר כל עוד שאין רצון אקטיבי אנו אומרים ששתיקתה מראה על אי הסכמה.

מחלוקתם של הכס"מ והב"ש כנראה תלויה במחלוקתם של האבנ"מ והשערי יושר דלעיל. הכס"מ סבור כדעת שערי יושר שגם רצון והסכמה של האשה בקידושין פועל ומחדש וא"כ צריך שתאמר רוצה אני כדי לגלות הסכמה ורצון לפעול בקידושין אלו, והב"ש חולק ויסבור כדעת האבנ"מ שרצון

¹¹ ועיין עוד ברשב"א שם, שמסביר שאם יתפשטו הקידושין בכולה זה יחשב כאשה המקחת עצמה לקידושין, והתורה אמרה "כי יקח איש אשה" דהיינו שהבעל לוקח ולא האשה.

¹² בכל מעשה קידושין אין צורך שהאשה תאמר רוצה אני, כיון דפשיטא ליה ששתיקה כהודאה, אבל במקרה דידן שבמעשה הקידושין שתק, ורק דיבר בעסקי קידושין, כאן צריך שתאמר רוצה אני שיבורר לנו שמסכימה לכך.

¹³ עיין בשו"ת רע"א (תנינא נג) שהעיר מדוע הרמב"ם בהלכה ז כתב: "אמר לה הרי את חרופתי הרי את ארוסתי וכי" ה"ז ספק מקודשת והוא שיהא מדבר עמה תחלה על עסקי קידושין" והרמב"ם לא כתב שהאשה "רצתה" כמו שכתב בהלכה ח? והשיב שבהלכה ז כיון שדברו בעניני קידושין ואמר לה הרי את חרופתי היא כנראה מבינה שמילים אלו קשורים למעשה הקידושין, מה שאין כן שנתן לה כסף קידושין בשתיקה שחסר באמירת הקידושין א"כ צריך לשמוע ממנה הסכמה לדבר.

האשה הוא הסכמה בעלמא וא"כ אין צורך באמירת רוצה אני שמסכימה לכך.

האם שתיקת האשה נחשבת כרצון והסכמה? אפשר לתלות ספק זה בדברי המשנה למלך (אישות ג,ב) שכתב כך: דברי הטור לכאורה סותרים שבסימן כז פסק כדברי הרמ"ה שאם נתן הוא ואמרה היא ולאחר מכן הבעל יאמר "הן" מקודשת קדושי ודאי ולא מספק, ואילו במקרה של נתנה היא ואמר הוא – פסק הטור כדעת אביו הרא"ש שבאדם חשוב מקודשת ושם אין צורך שהאשה תסכים או אי תאמר בתחילה שאקדש אני לך?

ותירץ שיש הבדל בין שני המקרים. במקרה שנתן הוא ואמרה היא דכיון שהאיש יכול לישא כמה נשים לא אכפת לנו אם נראה כמסכים שהרי אינו נאסר על אשה אחרת במעשה קידושין, ולפיכך אנו מסופקים בקידושין אלה עד שיאמר "הן" שמראה בדבריו שמסכים לקידושין, מה שאין כן במקרה שנתנה היא ואמר הוא אין מחייבים לשמוע מהאשה הסכמה לדבר, כיון שבמעשה קידושין זה האשה נאסרת על אחרים א"כ אם איתה דלא ניתא לה ולא לשם קידושין הבה ניהליה היתה מוחת, כיון שנאסרת על אחר. משמע מתוך דברי המשנה למלך ששתיקת אשה בקידושין מראה שמסכימה לדבר שאלי"כ היתה מוחת כיון שנאסרת לכל העולם מה שאין כן אצל האיש המקדש.

לפי זה אפשר להבין דברי הב"ש שסבר שאין צורך שהאשה תאמר "הן" כהסכמה לקידושין, כנראה שסובר כדעת המשנה למלך שאם האשה אינה מסכימה לקידושין הייתה מוחת בדבר, ובזה ששתיקה במעשה זה של הקידושין אינה מראה בזה הסכמה. לפיכך צריך שתאמר הן כרצון ודאי למעשה זה.