

א. ב'רורי האכה

הרב שלום משאש

הרב הראשי וראש אבות בתי הדין לירושלים

קידושין מתוך צחוק

בענין קדושין שנעשים דרך שחוק, שפרץ גדרם בזה"ז, ורבו השאלות בבתי הדין, בפרוע פרעות בישראל, בדברים העומדים ברומו של עולם, בטהרת משפחות בית ישראל, ונפרץ גדר הצניעות להתלוצץ עם אשה בפומבי בענין קדושין, כשהם בבית המשתה, הבחור נותן טבעת על אצבע נערה, פעמים כשהיא משודכת לו מכבר, ופעמים בלא שידוכין, ואומר לה הרי את מקו"ל בטבעת זו כדמו"י ואחר זמן מה מחזירה לו הטבעת, ויש שאינה מחזירה, וחושבת זה למתנה בעלמא. כל המסוכים אומרים כי כל המעשה היה לשם שחוק בלבד, ובאים לביה"ד לשאול על זה, ויש שאינם באים, ושומעין זה רק אח"ז רב מפי הזולת, באופן דנעשה מעשה קידושין הפקר. [וכל כך רבתה המקפחת והלב כואב לראות דברים כאלו בארץ הקדושה בתוככי ירושלים תוב"ב, מה שאין זה מצוי בתוך הגולה, כשהייתי במרוקו היה חוק המדינה שמקדש אשה בלא רשות הרב, יכנס לבית הסוהר הוא והעדים, וישאר שם עד שיגרש ויפרע קנס, ואפי' ירצה לישאנה צריך לגרשה ולחזור ולקדשה מחדש, וזה הן מצד הממשלה, הן מצד תקנת רבותינו המגורשים נ"ן כמ"ש בס' כר"ת סי' לו' וכאן אין משים על לב. וראוי לגדולי הדור ולרבנות הראשית לטכס עצה ולטפל בענין, להסיר המכשלה הזאת מקרב ישראל.]

מעתה נבא לענין הלכה, אם יש ממש בקדושין אלו עפה"ד להצדיכה גט, או אין בהם ממש כיון שהיו דרך שחוק.

* * *

תשובה: הנה מור"ם זל' בס' מב' פ"א כתב וז"ל: ואין הולכין בענין הקדושין אחר אומדנות והוכחות המוכיחות שלא נתכוונה לשם קדושין, ע"כ. ומקורו מדברי מהר"ם שבסוף ספר נשים סי' א', הביאו הבי"י סי' ל'וסי' מב' ע"ש, וז"ל במקורו: אבל זרקו לתוך ח'קה או לתוך קלתה ה"ז מקודשת אעפ"י שראו העדים שנענעה בגדיה להשליך הטבעת של הקידושין מעליה, ואין לדמותו להא דאמרי' פ"ק קדושין התקדשי לי במנה נטלתו וזרקתו לים וכו' אינה מקודשת וכו' עד לא מיבעיא שדיתנהו לקמיה

דאינה מקודשת וכו', דשאני התם דאיהי לא אמרה ליה מעולם מקדשני לך, אבל בנדו"ז כיון ששמעו העדים דאיהי אמרה לו מעיקרא פלוני בא וקדשני וגם בשעת קדושין כשאמר בפני כולם פלונית בקשה ממני לקדשה וכן אעשה ושתקה, אע"ג דבתר דנפל לתוך חיקה שדיתינהו, איכא למימר דמעיקרא קבלה לשם קדושין. וכי שדיתינהו בתר הכי מיהדר הדרא בה, וכיון שכבר קבלה לשם קדושין תו לא מציא הדרא בה. ואע"ג דבתוך כ"ד לקבלה שדיתינהו ואישתכח דהדרא בה תוך כ"ד. וקי"ל תוך כ"ד כריבור דמי ה"מ בעלמא, אבל בקידושין, משום חומרא דא"א קי"ל לאו כריבור דמי, וכמ"ש בפ' יש נוחלין וכו'.

ואע"ג דאמרה אח"כ לא היה בלבי אלא לשחוק ולהתלוצץ עמו ומעולם לא נתרצייתי לו אלא לחוכא ואיטלולא בעלמא, דברים שבלב נינהו ודברים שבלב אינם דברים, ואע"ג דאיכא למימר דאנן סהדי דלא נתכוונה אלא להתלוצץ, וכל כי האי גוונא אזלי' שפיר בתר מחשבה כהיא דמברחת וכו' והיא דמרוכה וכו' וכיוצא בהן רבות בתלמוד דאזלי' בתר אומדן דעתא, גבי קידושין משום חומרא דא"א לא נסמוך על אומדן דעתא לו' לא היה בלבה כך ודאי, וליכא אומדן דעתא דמוכח כיון דאיכא נמי למימר אתתא בכל דהו ניח"ל, עכל"ה (הבאתי כל לשונו בשביל שהוא מקור דין זה וגם נצטרך לו להלן).

ולכאורה דברי מהר"ם אלו סותרים לדברי מור"ם הנ"ל שהביא ממנו, שמדברי מהר"ם משמע דאי איכא אומדנא דמוכח שלא נתכוון לשם קידושין אזלי' בתרה, ורק בנדונו לא היה אומדנא דמוכח, ואלו מור"ם ז"ל סגר עלינו את הדרך שאין הולכין אחר אומדנות והוכחות שלא נתכוונה לשם קידושין, מוכח דבשום אופן אין הולכין אחרי אומדנא דמוכח.

ונראה לענ"ד, ליישב בפשיטות, דמ"ש מהר"ם וליכא אומדנא דמוכח, אין כוונתו לדייק דאם יהיה אומדנא דמוכח הולכין אחריה, שהרי סיים הטעם כיון דאיכא למימר דאתתא בכל דהו ניחא לה, וטעם זה שייך בכל האופנים שיהיו ובכל האומדנות שיהיו, יש לסתור אותם בטעם זה דאתתא בכל דהו ניח"ל, ולכן נלע"ד דמ"ש מהר"ם וליכא אומדנא דמוכח, אין כוונתו על הנדון שהוא לבד שלא היה אומדנא דמוכח, אלא קאי על כל הנדונים, וכוונתו וליכא למימר בשום אופן בענין זה אומדנא דמוכח, דאיכא למימר אתתא בכ"ד ניח"ל, וכך הביין מור"ם זל' בדבריו, ולכן סגר הדרך דאין הולכין אחר האומדנות והוכחות המוכיחות.

ועוד נתאמת לי תירוץ זה, מסוף דברי מהר"ם בתשו' הנו', שאחר רבריו הנ"ל חזר לבטל הקידושין כפה"ד, לפי מה שדקדק מכתב העדויות שלא דאו העדים אם נפלה הטבעת של קידושין לתוך חיקה או לא, והאריך הרבה להוכיח ולהביא ראיות לבטל קידושין מטעם זה, וסיים וז"ל מכל הדברים שכתבנו לא היתה צריכה גט אפי' בידוע ששניהם נתכוונו לקידושין, כל שכן בנדו"ז שהכל יודעים ואנן סהדי ואומדנא דמוכח דלא היתה דעתה להתקדש אלא לחוכא וטלולא שלא להצריכה גט עכל"ה, ר"ל שחזר להביא סברא זו של קידושי צחוק לסניף בעלמא ע"ש.

הנה דברים ברורים בדברי מהר"ם עצמו שבנדונו היה אומדנא דמוכח והכל יודעים ואנן סהדי דלא היתה דעתה אלא לשחוק, וא"כ איך אמר בתתי' דבריו וליכא אומדנא דמוכח, היפך מ"ש בסו"ד, אלא מוכרח לומר דמ"ש בתחלה וליכא אומדנא דמוכח, כוונתו דתמיד ליכא אומדנא דמוכח.

וגם בתחמי' דבריו יש ראייה ברורה. ממ"ש ואע"ג דאיכא למימר דאנן סהדי, דלא נתכוונה אלא להתלוצץ וכל כה"ג אזלי' שפיר. אחר המחשבה כגון גבי מברחת ובמי שכתב כל נכסיו לא' ולא ידע שי"ל בן, וכהחיא דמרובה שאז"ל לא נתכוונה זו אלא להגות לה וכו' גבי קדושין וכו' לא נסמוך על אומדן דעתא וכו' עכ"ל. והנה אותן האומדנות דמברחת וכו' הם אומדנא דמוכח לכל, דודאי אילו ידע שי"ל בן לא היה נותן, וכך היא ההלכה דחמתנה בטילה, ועכ"ז שלל מהר"ם גם את זה, דאפי' יהיו כאותם האומדנות גבי קידושין לא נסמוך עליהם, וזה ברור.

ושבו ראיתי בשו"ת הרב"ך שנדפסו ע"י הראש"ל הרב יצחק נסים ז"ל, בסי' ס"ו שכתב כדברינו ממש בפ"י דברי מהר"ם, גם דקדק מדבריו כמ"ש, אלא שאחר זה חזר לו' דמזה אני לומד דאם היה מילתא דלא שכיחא ולא עלתה על לב הפוס', באופן דליכא למימר אחתא בכל דהו ני"ל, כנדון שהמקדש היה נשוי אשה וחר"ג, ועוד שאין האשה רוצה ליכנס בבית וצרתה בצדה וכו' באופן כזה אומדנא דמוכח דלא כיון לקדושין עש"ב.

ולפקוצ"ד אין בטענות אלו לקיים האומדנא, דהלא פי' אחתא בכל דהו ני"ח"ל, עיקר פירושה הוא על הנשוי. דאפי' י"ל אשה אחרת וממילא תהיה מוזנחת, עכ"ז קבלה ע"ע. ובכל דהו שיעלה לה ממנו ניח"ל, גם למרות שיש לה צרה בבית, הלא גם זה בכלל אחתא בכל דהו ניח"ל, ואין באומדנות אלו כדאי לבטל הקידושין, ואי משום חר"ג, הלא מעולם לא עלה ע"ד רבינו גרשום לבטל הקידושין של אשה הב' מפני החרם שלו ע"י אה"ע ס"י א' בהג"ה שכתב דכופין בחרמות ונדויין לגרש אחת מהן אבל לא עלה על הדעת לבטל הקידושין, וע"י בכנה"ג ס"י א' הגב"י אות ט' משם הרבה פוס' ומכללם מר"ן הב"י בתשו' ס"י יד' ומהרח"ש ס"י מו' שגזירת רגמ"ה לא היה רק על תחלת הנישואין, ואם עבר ונשא שוב אין כופין להוציא, ולפי"ז מ"ש הנ"י שחייבים לכוף על החרם, בבא לינשא לכתחיל, אי נמי אפי' בנשא למיקרייה עברינא ולהחרימו על שעבר חרגמ"ה, ובאות יב' כתב דכשם שאין כופין אותו לגרש השניה כך אין כופין אותו לגרש הא' עכ"ל, ע"י הפת"ש ס"י א' סק"ך שהביא דבריו, ושם כתב שדעת האחרונים של זמנינו אין מסכימים לזה והביא ראיות לזה.

עכ"פ שמענו מזה שדעת הא' ומר"ן מכללם דאין כופין, וגם לדעת מור"ם למרבה כופין לגרש ולא לבטל הקידושין, וא"כ אין זה אומדנא כלל, דאולי כיון להוסיף אשה שניה על אשתו, ובשביל אשתו הא' שלא תרגיש ותפריע לו, עשה עצמו כאלו הוא צותק, אבל דעתו היתה שלימה לקדשה ולעבור על חר"ג, כיון שקדשה בסתם, ולגבי האשה הב' הלא אחתא בכל דהו ניח"ל, וכ"ש שענין החרג"מה הוא שייך לאיש שקדשה, ולא לאשה שלא רדפה אחריו, ורק הוא עבר על החרם ובא לקדשה.

וע"י בשו"ת הרב"ך ס"י ס"ה בתשו' הגאון אביעד שר שלום באזילה שהביא משם מהר"ם גופיה שם בתשו' אחרת שעשה לתקנת ר"ג סניף להתיר אשה שנתקדשה וכו' ע"ש, מוכח דדוקא לסניף בעלמא כשיהיה טעם אחר חזק לבטל הקידושין, אבל לא לעקור את הקידושין מטעם זה לבד לו' דמסתמא לא יעבור על חר"ג, שמעולם לא אמר ר"ג לבטל הקידושין מטעם החרם.

ובזה צדקו לפענ"ד דברי הרב באזילה ז"ל בתשו' הרב"ך ס"י ס"ה שאתר שהביא גם הוא אותם האומדנות שהוא נשוי וחר"ג וצרתה בצדה, סיים אבל כתב רמ"א בהגהותיו סתם שאין חוששין לאמתלאות ואומדנות המוכיחות בקידושין וכו' וחפשיית בכל ספרי

הפוס' שאצלי ולא מצאתי שום א' שמחלק בין אומדנא דמוכח לאומדנא דלא מוכח, ואם האמת כמו שעלה על דעתי ללמוד מההיא דמהר"ם, איך לא נמצא שום פוסק שיאמר דבאומדנא דמוכח בבירור אין חוששין, ולכן לא מלאני לבי לדון למעשה לפני מורי הרב נר' וכו' עכ"ל, ודבריו חיים וקיימים ונאמנים.

וכן מצאתי להרה"ג לך שלמה חאה"ע סי' ח' דף עו' ע"ג ד"ה אלא וכו' שכתב כיוצא בזה, שאחר שכתב להקל מטעם נשוי ומטעם צרתה וכו', סיים שלא מלאו לבו לסמוך על סניף זה לבדו, דאי משום שהוא נשוי וכו' אתחא בכל דהו ניח"ל, ואי משום שצרתה עמה ואין דרכה להתקדש בפניה, אין זה ודאות גמורה, דאפשר לו' דאשה זו חצופה ועופנית היא, ואינה אומדנא גדולה לסמוך עליה לחודה וכו' עכ"ל.

גם הגאון חכם צבי סי' קל"ח בענין כיוצא בזה כתב שאין אנו בקיאים באומדנות כחכמי התלמוד, דגם כאן מי יימר דלא חשקה נפשה בו ותמתין עד שתמות אשתו וכההיא דקידושין דס"ב, הרי את מקודשת לי לאתר שתמות אחותך, ותשהה כדשהיית ליה בת רב חסדא לרבא עשר שנים אף שהיתה לו אשה אחרת. ואפשר שגם זו רוח זנונים התעה אותה ליכנס בספק זה או שתכניס קטטה בביתו של זה עד שיצא לגרש את אשתו, ופיתויי היצר רבים עכ"ל. הנה לפנינו שהגאון חשש לחששות רחוקות כדי לבטל האומדנא, ובאמת שכן מוכח מדברי מהר"ם שסגרו את הדרך שלא לעשות שום אומדנא.

וכן מבואר כדברינו בתשו' רב אחד בפחד יצחק דקי"ג הבי"ד אוצה"פ סי' מב' ס"א, דף ח' ע"א שכתב שהרמ"א סגר עלינו מלחלק באומדנות בין מוכיחות לשאינן מוכיחות, והוא מדברי מהר"ם. וסיים ואין לומר דמהר"ם חזר בו כמ"ש בסוף החשובה וז"ל כ"ש בנד"ד שהכל יודעים ואומדנא דמוכח שלא היתה דעתה להתקדש, כי פשוט הוא כי דברים הללו הם לרווחא דמילתא בעלמא עכ"ל, וכוונתו פשוטה דסוף דברי מהר"ם שכתב כ"ש בנד"ד שהכל יודעים וכו' הם לסניף בעלמא ולרווחא דמילתא, שאחר שביטל הקדושין כפה"ד הוסיף טעם זה דשחוק לסניף בעלמא, ומוכח מדבריו שגם הוא מבין דמ"ש מתחלה וליכא אומדנא דמוכח, וכוונתו וליכא למימר בשום אופן בזה אומדנא דמוכח וכו' דאין לסמוך ע"ז משום חומרא דא"א. ורק לבסוף נסתייע מזה לסניף בעלמא, וכן מוכח מסו"ד שכתב ואפי' את"ל שמהר"ם סתר דבריו, הרי הרמ"א פסק כלישנא קמא ואליו שומעין וכו' עכ"ל, מוכח מדבריו דללישנא קמא אין לסמוך על שום אומדנא דמוכח.

ותזיתיה להרב יהודה יצחק בתשו' הבי"ד אוצה"פ סי' מב' ס"א, ששגה בזה וכתב דע"כ לא קאמר מהר"ם דהוי דברים שבלב אלא היכא דליכא אומדנא דמוכח, והכי דייק לישניה שכתב דליכא אומדנא דמוכח כיון דאתחא בכ"ד ניח"ל, ומוכח מדבריו דבכל נדון דאשכתן ביה אומדן דמוכח ודאי אזלי' בתריה להאמינה עכ"ל, וכפי מ"ש ליתא לדבריו, וכבר הוכחנו ברוחב דמ"ש וליכא אומדנא וכו' פי' דבריו דליכא למימר אומדנא דמוכח בשום אופן.

וראיתי להגאון חזון איש, הבי"ד אוצה"פ סי' מב' אות י"א. ויען לי לדקדק על דבריו ז"ל אביא לשינוי במושלם ממקור הדברים סי' נב' אות ג', וז"ל: ולא כללא כ"ל מהר"ם שאין אומדנא מועלת בא"א, דלא הושיבו ב"ד על כך לא בגמ' ולא בב"ד של מהר"ם, ועי' רשב"א קדושין דף נ' ע"א בשם החוס' דמהני גילוי דעתא אף בגט וכו' מהא דגטין ל"ד ע"א, ומשמע לרבא אם פשטה ידה וקבלה קדושין אין חוששין,

אלא כוונת מהר"ם שלא נסמוך על הכרעת הדעת להחיר א"א לו' שיש כאן אומדנא דמוכת. דמי יערב לבו לזה, ומנין לנו שלא נתרצו, הוא נתרצה שאין חושש, והיא משום למיתב, אבל אם באמת הוא אומדנא דמוכת, ודאי אין כאן קדושין דאין חלוק קדושין משאר מילי, וזה דלא כמו שראיתי בספרים אחרים, עכ"ל.

ואחמה"ר מכבוד חכמתו הרמה זלה"ה, לפענ"ד אין שום ראייה כלל מההיא דרשב"א בשם התוס' דמהני גילוי דעת אף בגט, דמלבד דלא קי"ל כרבא אלא כאביי ביע"ל קג"ם, דגילוי מילתא בגט לא מהני, עוד זאת אפי' לרבא, יש חילוק גדול בין דברים שבלב לגילוי מילתא, וכמ"ש הרשב"ם גופיה בתחלת הדיבור וז"ל: והא נמי דאמר רבא בפ' השולח גלויי מילתא בגיטא מילתא היא, קסבר כיון שגילה דעתו דאמר רבא בפ' השולח גלויי מילתא, ומ"מ לא הוו דברים שבלב, כזה (נר' שצ"ל דבזה) לא אמר אע"פ שאמר בדברים סתומים, מ"מ לא הוו דברים שבלב, כזה (נר' שצ"ל דבזה) לא ברור כלום, ומיהו קי"ל דלאו מילתא היא (וצריך) שיפרש ממש עכ"ה, דעת שפתיו ברור מללו, דמחלק לדעת רבא גופיה בין גילה דעתו, לדברים שבלב, דגילה דעתו היינו שביטא בפיו ובשפתיו דברים, רק שהם סתומים מעט, כההיא דגטין לד' ע"א שאמר ברוך הטוב והמטיב. ופרש"י שלא מסרה לה, והם דברים סתומים, ואנו מפרשים אותם לפי הסברא, שהוא רוצה לבטל הגט. וכזה הוא דמשמע דלרבא אם פשטה ידה וקבלה קדושין אין חוששין דלאו דברים שבלב הם, אלא בפ"י איתמר ודיבר בפיו, אבל אם היו דברים שבלב, שלא דיבר כלל רק נאמר שהיה ברעתו להתלוצץ בתחו הקדושין, י"ל דגם לרבא אינם דברים. ובלא"ה הרי סיים הרשב"א, ומיהו קי"ל דלאו מילתא היא וצריך שיפרש ממש. ר"ל ואפי' גילוי מילתא שדיבר בפיו לאו מילתא היא כלל עד שיפרש ע"ש, וא"כ אדרבה משם ראייה גמורה לדברי מהר"ם ז"ל, וכללא כייל לכל האופנים, שהרי הביא ג' דברים בתלמוד, דמברחת וההיא דמרוכה וכו' שהם אומדנא דמוכת לכל, ועכ"ז כתב דגבי קדושין משום חומרא דא"א אין לילך אחר האומדנות זולת לסניף בעלמא כמו שסיים וכמש"ל.

וגם גוף דברי הגאון זצ"ל בחילוקו אינם מובנים, שכתב אבל אם באמת הוא אומדנא דמוכת ודאי אין כאן קידושין וכו', וקשה דהא כל אומדנא הוא מהכרעת הדעת כשמה כן היא. שמשאמידין שכך היה ויש הוכחה לזה, והרי אמר דאין לסמוך על הכרעת הדעת בזה ומי יערוב לבו. א"כ מעתה אין לסמוך על שום אומדנא, ואין לך אומדנא ברורה ומוכחא כההיא דמברחת וכההיא דמרוכה דהכל מודים בה ועכ"ז מהר"ם שלל אותם וכיצא בהן שגם כשהיו אומדנות ברורות כאלו לא נסמוך עליהם, הן משום חומרא דא"א, הן משום דאתחא בכל דהו נית"ל וצ"ע.

ועי' בערוך השולחן סי' מב' מסעיף ז' והלאה הבי"ד אוצה"פ דף 16 דברים מסייעים לדברינו ע"ש.

וכן היא דעת החלקת מחוקק סי' מב' סק"ד וז"ל: אלא הטעם שאין אנו משגיחין כלל אחר הכוונה, ואף שיודעים שכוונתם להשטות אפי"ה חוששין לקדושין ולדברים שכפה בלבד, עכ"ל ואין לך אומדנא דמוכת כמו זאת שאנו בעצמינו יודעים בבירור שדבריה נכונים.

גם בב"ש שם כתב וז"ל: וה"ה הכא דהוא מודה לעד א' שהיה מעשה הקידושין ואינו מכחישו רק שאומר שכוונתו היא לשחוק, בזה אינו נאמן, ומ"ש הרשב"א אם אמר משטה הייתי הוי הכחשה, הוא דוקא באומר כן בעת הקידושין ממש, עכ"ל ע"ש. ושני המלכים האדירים הנ"ל הח"מ והב"ש כתבו כן לחלוק על הב"ח ז"ל שכתב

דאס אמר לשם שחוק נתכוון הוי כאומר לא היו דברים מעולם, ונאמן במגו שהיה יכול להכחיש ע"א בקידושין כמ"ש מור"ם בהג"ה סי' מב' ס"ב.

והנה הט"ז והגר"א כתבו לקיים דברי הב"ה, אבל כל זה דוקא לקדושין בע"א, דבלא"ה לדעת מר"ן אינם קדושין, וגם לדעת המחמירים שהביא מור"ם, היינו דוקא אם מודה אבל אם הוא מכחיש העד אין לחוש, אכל לגבי ב' עדים המעידים על הקידושין כ"ע מודים דאינו יכול להכחיש, וממילא ג"כ דלא יוכל לו' משטח הייתי או לשחוק נתכוונתי, וגם מור"ם והט"ז והגר"א מודים בזה.

ומדי עוברי בקובץ חזון עובדיה ח"ב, ראיתי בדברי הדב ראש הכולל מוהר"ד יצחק יוסף שליט"א שגם הוא נטה אחרי הפוס' שהבינו בדברי מהר"ם שכתב וליכא אומדנא דמוכח, דלאו כללא כ"ל, ומוזה הקשה על כמה פוס'. ובאמת לא עיין יפה בדברי מהר"ם במקורו, גם הבין בדברי פחד יצחק שכתב שלרווחא דמילתא כתב כן מהר"ם שהוא תניא דמסייע ליה. וכפי האמת מ"ש לרווחא דמילתא קאי אסוף דברי מהר"ם שכתב כ"ש בנד"ד ראנן סהדי ואומדנא דמוכח, דזהו לרווחא דמילתא ולסניף בעלמא אחר שביטל הקדושין מצד הדין מטעמים אחרים, אבל לקושטא דמילתא אין סומכין על אומדנא דמוכח לבדה, וכמו שכתבתי לעיל באורך, ועי' באוצה"פ בל' של פחד יצחק שהביא שם שהוא כדברינו ולא כלשון שהביא ממנו בחזון עובדיה. (וכעת אין לי גוף הספר לראות הדברים על בוריינן).

ונדרשתי לבאר דברי מהר"ם במקורן הנ"ל כמה שהקשה ואע"ג דבתוך כ"ד לקבלה שדיתינהו. ולכאורה מאי קושיא, והלא כבר חילק דבזה שאמרה קדשני אפי' נטלתו וזרקתו לים תכו"מ, עכ"ז כבר קבלה אותם לשם קדושין ואינה יכולה לחזור, וזהו עיקר החילוק בין ההיא דפ"ק דקדושין התקדשי לי במנה ונטלתו וזרקתו דאיירי ודאי שזרקתו תוך כ"ד, (כמ"ש דוב הפוס' עי' אוצה"פ סי' ל') דאינה מקודשת בשביל שלא אמרה כלום קודם, וממילא בזאת שאמרה קדשני אינה יכולה לחזור גם תוך כדי דיבור דבר בהפכו, בשביל שגילתה דעתה שקבלה לשם קדושין.

אך פשוט לתרץ, לפי מה שכתב החכם צבי סי' קטו' ובשאר הפוס' שהביא אוצה"פ סי' ל' ס"ז סקי"ד אות א', שכתבו לפרש ההיא דנטלתו וזרקתו לים, דאמאי לא אמרי' ג"כ תוך כ"ד לאו כדיבור דמי בקדושין ותהיה מקודשת, וכתבו הטעם, דשם כל שהוא תוך כ"ד, עדיין לא נגמרו הקדושין ולא נתרצית כלל, ולא מדין חזרה, לא כן באמרה קדשני שנגמרו הקידושין בקבלתה תכו"מ לפי הצהרתה, ואינה יכולה לחזור עש"ב, ומעתה שפיר מקשה מהר"ם על גוף הלכה זו, דאף לפי מ"ש דכאן שאמרה קדשני ודאי קבלה לשם קדושין, אבל מדין חזרה למה לא תוכל לחזור בה, והלא קי"ל דתוך כ"ד כדיבור דמי, ובעודו עוסק באותו ענין יכול לחזור בו, אף שגילתה דעתה קודם, שהיא רוצה להתקדש וקבלה לשם כך. ותירץ דבקדושין קי"ל לחומרא דלאו כדיבור דמי ואינה יכולה לחזור וכמ"ש להדיא בש"ס, והם דברים פשוטים וכתבתים לדרישת השואל שטעה בזה.

וע"ש באוצה"פ דף קכ"ט ובאריא דבי עילאי וכו' באורך דברים מפורשים היטב כמו שכתבנו, לא עת להאריך.

וראיתי להנו"ב סי' נט' בחאה"ע, שהקשה דלמה לא נאמין לאשה שלא נתכוונה אלא לצחוק בעלמא, דתא ע"א נאמן באיסורין, ותי' דכפי האמת מאמינים לה שנתכוונה לצחוק, רק שאין אנו משגיחין בכוונתה, דדברים שכלב אינם דברים,

והדיבור והמעשה שאמרה קדשני מורים על הקידושין, לכך אפי' האמת אתה כבר חלו הקידושין, ושוב אין ההשלכה מבטלת הקידושין, עכ"ל"ה.

ומזה דקדק הברית יעקב סי' לו' להיכא דלא אמרה לשם הקדושין רק קבלה בשתיקה ולא היו כאן דברים שבפה כלל, י"ל דמהימנא לו' שקבלה לשחוק וחוכא בעלמא ולא כיוונה לשם קידושין מטעם דע"א נאמן באיסורין, ועל זה תמה עליו. דהא כל היכא שהבינה לשון קדושין מוכח בכולי דוכתי בפשיטות דאפי' לא דיברה עמו האשה מתחי' על עסקי קדושין ונתן לה ואמר הוא וקבלה הקדושין בשתיקה הו' קדושין גמורים, ואינה יכולה לו' דלשחוק כיוונה וקבלה הקדושין וכו' וכמו שנר' בתשו' נו"ב גופיה שם, וכן מוכח מקדושין דמ"ג היכי דקדש אשה בפני שנים ולא אמר אתם עדי דאינו יכול לטעון טענת משטה ולשחוק אמרתי. והוי קדושין גמורים, ומזה הוצרד להאדיד בטעמים אחרים ולפלפל בהם עש"ב.

ולפוקצ"ד דברי הנו"ב בהירין ומוהירין, ובפרט שהרי איהו גופיה סיים דבריו דאם האשה אומרת שהבינה לשון הקדושין אלא שלא כיוונה לשם קדושין לא מהני דברים שבלב אינם דברים, ולא אולי' כתר המחשבה כלל מה שהוא סותר לדברים היוצאים מפה, ולא משום חסרון נאמנות וכו' עכ"ל"ה, ודמז להן הברית יעקב גופיה. וא"כ הרי מוכח להדיא דאף שלא דיברה ולא אמרה שו"ד, רק קבלה מה שאמר הבעל האמק"ל בשתיקה, אינה יכולה שוב לומר דלשחוק נתכוונה. וכדי לתרץ דבריו עם מ"ש למעלה משום שאמרה קדשני מורה על קדושין ודברים שבלב אינם דברים, צ"ל דלאו דוקא שאמרה קדשני, דהא לא הוצרך מהר"ם לטעם שאמרה קדשני וכו' אלא כדי לקיים הקדושין אף שהשליכה אותם תכו"מ, ודלא תקשי עם המתני' דהתקדשי לי במנה ונטלתו וזרקתו לים דאינה מקודשת, לזה חילק ביניהם, דזו שאמרה קדשני, אף שזרקתו תכו"מ מ"מ הוי רק חזרה שכבר גלית דעתה שרוצה בקדושין ולא חזרה בה, לא כן אם לא אמרה קדשני, רק קבלה וזרקה תיכף דבזה אין מקום לקדושין ולא נתרצית לו כלל. אבל אם לא זרקה לגמרי רק קבלה וזרקה תיכף דבזה אין מקום לקדושין ולא נתרצית לו כלל. אבל אם לא זרקה לגמרי רק קבלה בשתיקה, ורק אחר שעבר כדי דיבור אמרה שכיוונה לשחוק, בזה דומה לאמרה קדשני, ואין שום הפרש ביניהם דכיון דשמעה האמק"ל וקבלה בשתיקה ונשאר בידה שיעור כדי דיבור, הוי כאלו אמרה בפיה שקבלתם לשם קדושין, דשתיקה כהודאה. ואין כאן שום מעשה המורה שלא נתרצית והוי רק חזרה ואינה יכולה לחזור אחר כדי דיבור שנגמרו הקדושין. והנו"ב מדבר בשני הנדונים שהם שוים, הא' שאמרה קדשני וזרקה, והב' שקבלה ולא זרקה, או לא זרקה מיד, ובשניהם אומרת שלא כיוונה לשם קדושין, שאין בדבריה ממש, אע"פ שאנו מאמינים לדבריה, שע"א נאמן באיסורים, מ"מ אין משגיחין בהם שדברים שבלב אינם דברים, והוי רק חזרה בשניהם ואינה יכולה לחזור, כנ"ל כוותו. ובדבריו ז"ל אמת צדקו יחדיו. ושור' לח"ס ח"א סי' פה' ובהגד"א סק"ג הבי"ד אוצה"פ סק"ז ממש כסברא זו י"ש, ועד בשחק.

וכן היא סברת הח"מ סק"ד כדעת הנו"ב שאנו מאמינים לה, אלא שאין חוששין להם, דדברים שבלב אינם דברים ע"ש.

מיהו בעיקרא דמילתא, מדברי מהר"ם ז"ל נר' בהיפך. שכתב דמשום חומרא דא"א אין סומכים על דבריה שהיה בלבה כך ודאי. ור"ל שאין מאמינים אותה, וזהו דלא כהנו"ב. וכן נ"ל להוכיח מדברי רש"י קדושין דף נ' ד"ה לא עביד איניש וכו' וז"ל

קושיא היא, כלומר דילמא האי דלא מיפטד משום דלא מהימן הוא עכ"ל. ובתוס' ד"ה הול"ל מזיד הייתי דנתי שאין אנו מאמינים אותו לו' בלבי היה כך וכו' ע"כ. וכן משמע מדברי הב"ח בתשובותיו סי' צו' והביאו אוצה"פ סי' מב' סקכ"ב אות ה' וז"ל ומ"ש בתשו' מיימוניות דדברים שבלב ניהו וכו' היינו כשקידש בפני ב' עדים, דהתם ודאי כיון דאם הכחיש הוא או היא את העדים, אין שומעים להם וכו' הילכך גם באומרת שלא היתה כוונתה אלא להתלוצץ אינה נאמנת וכו' עכ"ל, וכן משמע מדברי הט"ז סי' מה' סק"ח, דאם אמר דלשחוק נתכוון אין להחמיר בע"א, דזה הוי כמכחיש העד ע"ש, משמע דמדין נאמנות הוא, וכיון שי"ל מגו מאמינים אותו. וכ"כ בבכורי יהודה משם פנים מאירות, הבי"ד אוצה"פ סי' מב' סקי' ד"ה ועי' פת"ש וכו'.

וכן דקדק החכם צבי סי' קטו' הבי"ד אוצה"פ שם שדחה דברי הח"מ וכתב שכן מדוקדק מדברי מהר"ם וכמו שכתבתי לעיל, וכ"כ להדיא שם משם תשו' הר' מאיר אב"ד לאסק וז'ל' ומה שאמרו בזה דדברים שבלב אינם דברים אין רצונם לו' שהדברים אינם נחשבים לכלום, דק כוונתם שהדברים שבלב אינם דברים מצד שאינו נאמן בדברים הללו, ונמצא מעתה דברי הב"ח נכונים וכו' דבע"א נאמן במגו וכו' ע"ש, וכ"כ בעולה נח שם משם הדשב"א בחדושו לקדושין, דהא דדברים שבלב אינם דברים הוא משום חשש שיקרא, וכן נר' מדברי מהר"ם וכו' עכ"ל.

וראיתי באוצה"פ סי' מ"ב אות י"א שהביא הרבה פוס' שדקדקו מדברי מהר"ם הנ"ל שכתב דליכא אומדנא משום דאתתא בכל דהו ניח"ל, והוציאו מזה דאם המקדש יטעון שדעתו לשם שחוק, ובפרט אי איכא אומדנא, מהמנינן ליה כיון דליכא טעמא דאתתא בכל דהו ניח"ל, ע"ש משם הרב יהודה יצחק ומשם רב אחד, הביא דבריהם הפחד יצחק, וכ"כ בשב יעקב סי' כ', ובעלת נח סי' ה' ואבן השוהם ומאירת עינים, והר' יעקב שור ועזרת כהן, כולם כאחד סוברים דיש להאמין למקדש כשטוען טענת שחוק ע"ש.

ולפוקצ"ד המעיין בדברי מהר"ם יראה להדיא דשני טעמים אמר דלא ניוש לאומדנא דמוכח, חדא משום חומרא דא"א לא נסמוך על אומדן דעתא לו' שהיה בדעתה כך, ועוד סיים טעם ב', וליכא אומדנא דמוכח דאיתתא בכל דהו ניח"ל ע"כ. והדואה יראה דיש חילוק גדול בין שני הטעמים דלטעם הא' משום חומרא דא"א לא נסמוך לו' שהיה אומדן דעתא לגמרי, רל' אפי' תהיה אומדנא טובה ומוכחא טובא, ועוד טעם ב' מצד שבלא"ה אין מקום לאומדנא, דליכא אומדנא דמוכח. דאתתא בכל דהו ניח"ל, וא"כ לטעם הא' אחד האיש והא' האשה שוין, דמשום חומרא דא"א לא נסמוך על שום אומדנא לו' שכך היה בדעתה, ומ"ש שם בעלת נח סי' ה', דאגב נראא נקט מהר"ם טעם משום חומרא דא"א, הוא דחוק ואינו נראה, דאדרבא טעם הא' הוא העיקר, ובתחלה הקדים טעם העיקרי השייך לכל, ושוב הוסיף עוד טעם ב' השייך בנדונו באשה דבלא"ה אין מקום לגבי דידיה באומדנא, דבכל דהו ניח"ל, וטעם הא' למד אותו מדברי הש"ס שהחמיר בדברים שבלב, משום חומרא דא"א, ומזה פסק דגם גבי אומדנא משום חומרא דא"א אין לסמוך על האומדנות, וזה מדוקדק היטב בדברי מהר"ם.

וכ"כ בתשו' הרי"ב קזים שם סקי"א אות א' על רב גדול א' שרצה להוציא היתר מדברי מהר"ם הנ"ל לגבי המקדש דליכא למימד בכל דהו ניח"ל, וחלק עליו דב'

טעמים כתב מהר"ם, וסיים ולא חזר בו מהר"ם מטעם הא' רק הוסיף טעם הב' לרווחא דמילתא, ולפיכך סתם הרמ"א דאין לילך בקידושין אחר אומדנות ע"ש וכ"כ להדיא בהל' אישות סי' ב', הבי"ד שם באות ב' ע"ש, ועוד כמה פוס' שכולם סוברים כן.

גם מדברי הברית יעקב סי' לז' שהבאתי לעיל שנתן טעם משום דבמעשה אין אדם משטה, וטעם זה שייך גם באיש, וכן מדוקדק מלשונו שם שהתחיל בל' נקבה וסיים בל' זכר, שנתכוון לתת טעם במ למקדש שלא יוכל לחזור ע"ש, ומוכח מדבריו להדיא שאומר זה גם לדעת מהר"ם בתשו' בהל' מיימוניות ע"ש.

גם בתשו' הרי"ף קמחי שם באות יוד' כתב דמה שאמרו האיש והאשה שלשחוק והיתול היה וכו' לא מעלה ולא מוריד, כי מעין חזרה היא וכו' עכ"ל, הרי שמדבר על האיש והאשה שניהם כאחד וכן עיקר.

ובאופן שהיו כבר משודכים והכל אומרים שקדשה לשחוק שהרי עוד זמן קרוב יעשו חופה ע"י הרב ובפרהסיא, הנה אמת שראיתי שהביא סברא זו שם בחזון עובדיה משם הרב תורת חסד מלובלין סי' ס"ד, ומשם זקן אהרן סי' פ"ד ועי' באוצה"פ שם סקי"א אות ד' שהביא כן משם פוס' אחרים ע"ש.

ולפי דעתי, מלבד דוה היפך מהר"ם ומור"ם שסגרו את הדרך שלא לעשות שום אומדנא גדולה או קטנה, וזאת בכללן, עוד זאת נל' שאין זו אומדנא טובה, דאדרבה יל' דבכוונה עשו לעצור עצמם שלא יוכלו לחזור בהם, דהרבה שידוכין נפרדים באמצע הדרך, או שההורים של אחד מהזוג מעכבים, או שא' מהזוג רואה את חברו שאינו קשור עמו כראוי, אזי עושין בכוונה ובתחבולה כאלו משחקים אבל הם עושים באמת ובאמונה ואזי יש להם בטחון שיתמיד הזיווג, ודעתם לעשות עוד קדושין בפומבי כי הם עמי הארץ, ולא יודעים שא"ץ קדושים אחרים, ובפרט שז' ברכות ודאי יעשו תחת החופה ככל אדם, וכל זה נכלל בכלל דברי מהר"ם ומור"ם דאין לסמוך על האומדנות וההוכחות.

וכן מצאתי בליקוטי צבי בהשמטה סי' יוד' הבי"ד אוצה"פ שם אות ד', דלא סמך על טעם זה שלא היה תחת החופה, והשיב שהן קדושין גמורים, וסיים ובפרט בזה שנשתדכה אליו מכבר עכ"ל, הרי דמשודכת גרע יותר ויל' דכיוונו לשם קדושין, כיון שהם מוס"מים כבר לינשא ול"ז.

וכן יש לדקדק מתשו' הרב"ך סי' ס"ו הנזל' וזל' ולפי הנר' לא שדוך מתחילה והיה הדבר מיקרי עכ"ל, מוכח דבשדוך כבר יש מקום יותר לומר דאינו מיקרי והקידושין קיימים ע"ש.

וגם מדברי מהר"ם מלובלין נר' לדקדק דלא כתב זה אלא לסניף בעלמא וזל' הביאו אוצה"פ שם אות ד', בשם מהר"ם מלובלין סי' ס"ד כתב טעם אחד להתיר בנדונו שלא היה בשעת כניסה לחופה ע"ש משמע שזהו רק אחד הטעמים שכתבו לסניף בעלמא.

והנה ראיתי להרב איגרות משה חאה"ע סי' פ"ב הביאו בחזון עובדיה שם דאם העדים יודעים שכיוונו לצחוק אזי אין כאן ראיית עדים כלל ע"ש, וכ"כ משם משפטי עוזיאל חאה"ע סי' נ"ד, דכיון דלעדים לא ידועה האמת על כוונתם ונר' להם שהוא לשחוק, הוי כמקדש בלא עדים ע"ש, ועי' באוצה"פ שם אות ה' שהביא דבריהם ועוד פוס' אחרים שסוברים כן ג"כ, ע"ש.

ואני תמה, דהלא העדים לא יהיו יותר מבעלי דבר גופייהו שאומרים להדיא שהוא לצחוק, ואנן סהדי ואומדנא דמוכח לכל שלא היתה כוונתם אלא לצחוק, וכולי עלמא ידעי בדבר זה, עכ"ז אמרי' דאין עושין אומדנא זו, וכיון שהוציאו בפייהם שהוא מקדש אותה אין משגיחין על הכוונה, וא"כ למה יהיו כלא דאו והלא הם מעידים על מה שראו וגם על מה שחשבו שהיתה כוונתם לשחוק, ואנו מאמינים לדברי העדים ולהבנתם בעניו, ועכ"ז אנו אומרים דבאיסור א"א אין להשגיח על הכוונה ועל הדברים שבלב, ואפי' איכא אומדנא דמוכח טובא, כההיא דמברחת שהיא אומדנא ברורה ודנין על פיה, עכ"ז בקדושין אין סומכים עליה, וא"כ תפקיד העדים להעיד האמת מה שראו כדי לקיים הקדושין, אף שיוסיפו שלפי דעתם כיוונו לצחוק, אנו לוקחים מעדותן מה שראוי לענין דינא ואין משגיחין על הכוונה, על דרך תוכו אכל קליפתו זרק, והרואה שם בדברי איגרות משה שסיים על זה וטעם זה כדאי לסמוך עליו וכו', אבל מפני איסור א"א החמורה נצרף עוד טעמי ההיתר.

גם במשפטי עזיאל הרואה שם מסי' מט' עד סי' נ"ה, כולו ענין א' שדיברו בו כל חכמי הדור באשה שכבר נתגרשה ע"י הב"ד מקידושי ספק אלו, וכל פסקיהם הם כדי להתירה לבעל הב' שנשא אותה קודם שיגרש הא' בחושבו שקדושי הא' אינם קדושין, ולכן התירו לבעל הב' שישאר עם אשתו כיון שכבר נתגרשה ולא נשאר אלא איסור דרבנן כשם שאסורה לבעל כך לבעל, ולזה הקילו בכגון קדושין אלו שברור שלא היו לשם קדושין, כדי להתירה לבעלה הב', וגם שם הרואה יראה כמה סניפים עשו ולא סמכו על קדושי צחוק לבד.

וע"ש באוה"פ שם אות ה' שהביא סברת החולקים ג"כ, והם מנחת יחיאל סי' ק' ועזרת כהן סי' מ"ח וזיו הלבנון סי' ל"ב, שכולם סוברים דמה שאומרים העדים שחשבו שהוא שחוק פשיטא דאין בדבריהם כלום עש"ב.

ועי' בערוך השלחן סי' ד' אות י"א י"ב י"ג, דשקיל וטרי בזה, ולבסוף העלה דאין לעשות מעשה להקל ע"פ סברא זו ע"ש, וכבר כתבנו משם החכם צבי סי' קל"ה דכיום אין אנו בקיאים כלל בשיעור האומדנא דמוכח. עי' למעלה.

המורם מכל האמור להלכה, דאין שום אומדנא בעולם שתועיל בענין קדושין לו' שיש אומדנא דמוכח, משום חומרא דא"א, וגם אין אנו בקיאים באומדנות, וכבר רבותינו סגדו את הדרך שלא לסמוך על שום אומדנא בענין זה, וכן הלכה. זולת אם יש טעמים אחרים שמספיקין לבדם לקעקע עיקר הקדושין, שחסרים מהם א' מתנאי הקדושין הצריכים אף שיש מחמירין בכל א' מהטעמים הנז', ואנן קי"ל להחמיר בערות החמודה, בזה אם יש אומדנא דמוכח שהיה על דרך שחוק וחוכא ואיטלולא אזי כדאי לטעם זה להצטרף ולהתיר האשה מכבלי עיגונה. וכמו שנר' מתשו' מהר"ם גופיה שאחר שחזר להתיר מטעמים אחרים, שוב הוסיף כ"ש בנד"ז שהכל יודעים ואנן סהדי ואומדנא דמוכח שהיה לצחוק וכו' ע"כ.

גם הרב ברית יעקב סי' ל"ז עשה זה לסניף בעלמא בסוף הסימן ע"ש, ועי' באוצה"פ סק"א אות א' שהביא להקת הפוס'. עשרה שליטים, שסוברים כן לעשות זה לסניף ע"ש, ומשם רבני אנקונא כתב שכן מצאנו לכל הפוס' הקדמונים שלא סמכו ע"ס אף באומדנות המוכיחות, אבל עשו מזה סמיכות לשאר ספיקות. וסמכו להקל מטעם שהקדושין היו דרך שחוק ע"ש, וגם אני הצעיר בספרי תבואות שמ"ש חאה"ע

סי' פ"ו כתבתי כן משם רבני מרוקו שצירפו טעם זה לסניף, אבל לא סמכו עליו לבדו ע"ש.

הדרך למילתיך בריש אמיר, דלפי חומר הענין, ולפי החפשויות שגברה, ואנשים מזוללים במילי דשמיא, ובחציפות גדולה בלעג וקלס בדברים העומדים ברום עולם, ראוי והגון לגדולי הדור ולמועצת הרבנות הראשית לא"י להשתדל לעשות חק לאסור איסור לקדש בת ישראל שלא בזמן הנישואין וברשות הרב, והעובר יענש כפי חומר הענין עד שיגרש ויפריע קנס, האיש והאשה (כי גם הנשים היום ידיהן ג"כ במעל הזה), וגם העדים הנמצאים שם ולא ימחו. גם הם יענשו, כמ"ש בתקנת המגורשים נ"ן במרוקו בכרם ח"ב סי' ל"ד. ואם אין באפשרות לעשות חוק, אולי יחדשו התקנה הבאה בס' משפטי עזיאל חאה"ע סי' נ"ה אות יוד' משנים קדמוניות להפקיע הקדושין כאלו הנעשים קודם זמן הנישואין והטילו חרם וגזירת נח"ש על העוברים, וכל הדברים ישמעו וידאו. ועי' ג"כ כמו זה בתקנה א' של כרם חמר. ובה נציל את ישראל מספק כרת ומחילול ה' הנעשה בבתי המשתאות, וה' ישמור אותנו מכל דע, וישיב שופטינו כבראשונה, ויביא לנו משיח צדקנו בבקא, זה הנלע"ד וצויי"מ וימ"ן. החו"פ ירושלים תר"ב בחדש כסלו תשר"ם לפ"ק.