מקורות למסכת קידושין – דף 29

(1) בענין "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו"

האם אשה באמת ניחא לה בכל דהו? אם כן, למה?

קידושין מא. "מתני' ... מלמיתב ארמלו"

יבמות קיח: "אמר ליה רבינא לרבא ..."

כתובות עה. "רבא אמר הכא באשה חשובה ... ותולות בבעליהן"

ב"ק קי:-קיא. "אלא מעתה יבמה ... מלמיתב ארמלו", רש"י שם, מרדכי יבמות סי' כח – ל

שו"ת בית הלוי ח"ג סי' ג ד"ה והנראה להסביר עוד [ועיי"ש כל הסימן]

שו"ת שבות יעקב ח"א סי' קא "ויהי' איך שיהיה מ"מ בסריס ... " [ועיי"ש כל הסימן]

[וע"ע שו"ת אגרות משה אה"ע א:עט, ובתחומין כב עמ' 210-217. ואכמ"ל]

למה אומרים טב למיתב וכו' מצד האשה ולא מצד האיש? עי' דברי הגריד"ס משנת 1975 (תורגמו ע"י נכדו הרב יצחק ליכטנשטיין בכתב-עת ישורון כרך ח)

(2) גמרא ז. "אמר רבא התקדשי לי לחציי ... ותמורתה כיוצא בה", רש"י, תוס', [רשב"א ד"ה הכי קאמר]

בענין קידושין והקדש:

תוד"ה ונפשטו, ריטב"א ד"ה ואפילו למאן דאמר

תוס' ז: ד"ה חצייך, בית יוסף אה"ע סי' לא "וכתבו התוספות חצייך בפרוטה ... דהדרה בה ונתרצית"

קובץ שעורים סי' נג, [שם סי' נד], [שער המלך הל' ערכין וחרמין ה:יד "ולפי דבריו ז"ל מתישבים אצלי דברי התוס' בפ"ק דקדושין ... קאמר לה דפשטה קדושה בכולה"]

גמ' נדרים ו: "בעי רב פפא יש יד לקידושין או לא", תוס' שם ד"ה יש יד לקידושין (עד "כמו הקדש"), ר"ן שם ד"ה בעי רב פפא יש יד לקידושין, ד"ה בעי רב פפא יש יד לפאה

גמ' נדרים כח: - כט. "ועולא אמר ... ופקעה בכדי", [ר"ן שם ד"ה אמר ליה אביי]

תוס' הרא"ש קידושין נב. ד"ה ה"ק, רא"ש ג:א "וא"ת מאי קמשמע לן ... לא הוי הקדש", ביאור הגר"א אה"ע לה:כב

בענין דין פשטה קדושה בכולה:

"הכא דעת אחרת" – רשב"א ד"ה התם בהמה, תוריה"ז ד"ה התם בהמה שלו, תוס' רי"ד ד"ה הכא דעת אחרת, [ריטב"א ד"ה מי דמי], [אבני מילואים לא:יח, קהלות יעקב סי' יג ד"ה ולענ"ד, ד"ה וניחא]

האם דין התפשטות קדושה הוא גזירת הכתוב או סברא? שטמ"ק תמורה יא: אות ה

הקדיש חצי בהמה וקנה חציה האחרת, האם פשטה קדושה בכולה? למה? מאירי ד"ה דברים אלו (עד "כנוסח הראשון"), תוס' גיטין מג: ד"ה גמרו, אבני מילואים לא:כב "ובפ' השולח ..."

שו"ת בית הלוי חלק ג סימן ג

יבאר בדין אשה שנתקדשה סתמא ונמצאו מומין בהבעל אם יש לחקור בו משום מקח טעות ולשוי' רק ספק קידושין, או רק קידושין דרבנן. או לא:

הנה בדין אשה שנתקדשה סתם ונמצא בהבעל שיש לו מום מהמומים הגדולים כנכפה וכדומה והיא לא ידעה מהם דהיה מהמומין שבסתר לפום רהיטא היה נראה לדון בהם דין מקח טעות דאדעתא דהכי לא נתקדשה לו. ויהי' דינה כמו שנתבאר בסי' ל"ט בנמצאו באשה המומים הפוסלים בנשים דבקידש סתם או קידש וכנס סתם דצריכה גט רק מספק או רק מדרבנן לחודא וכמו שנתבאר שם. אבל טפי מספק קידושין ודאי דלא הוי', וכן כתב הב"ש בסי' קנ"ד ס"ק ב' דבנמצאו בו מומים והיא לא ידעה מהם דינו כמו בסי' ל"ט יעו"ש:

אמנם ראיתי בכמה חיבורים מרבותינו האחרונים בשו"ת שלא רצו בכה"ג לדון בה מדין מקח טעות באשה ולא חשבוהו גם להצטרף לשארי התרים שכתבו בדבריהם, וטעמם נראה דס"ל דבאשה אמרינן טב למיתב טן דו ובכל דהו ניחא לה, ואמרתי לבאר עיקר דין זה מסוגי' הגמרא בעה"י ולראות להיכן הדברים נוטים:

הנה בב"ק דף ק"י פריך יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה ומשני התם אנן סהדי דמינח ניחא לה בכל דהו כדר"ל דאר"ל טב למיתב טן דו, אמנם לפי הנראה יש לדבר בזה הרבה, דעיין במרדכי פרק החולץ שהביא תשובת הגאונים ביבמה שנפלה לפני מומר דא"צ חליצה מניה וכ' המרדכי דמהר"ם הביא ראיה לדבריהם מהך סוגי' דב"ק דאי לאו סברא דניחא לה בכל דהו היינו אומרים דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה ומשו"ה במומר דאין לה אפי' כל דהו דאסורה לו פטורה, ושוב הביא המרדכי תשובת רש"י שחלק על הגאונים וכתב דצריכה חליצה, ולכאורה נראה בפשיטות דמש"ה לא חשש רש"י להראי' של מהר"ם דאזל לשיטתו שכתב בב"ק שם וז"ל דמינח ניחא לה להתקדש לראשון שהוא שלם על ספק שאם ימות תזקק לאחיו, הרי משמע להדי' דמפרש דהכל דהו דאמרה הגמרא היינו הבעל הראשון שהוא שלם אבל המוכה שחין ס"ל לרש"י דאינו אפילו כל דהו ובו לחודא ודאי דלא היה מתרצית ואפ"ה צריכה חליצה דניחא לה בבעל הראשון ומשו"ה ס"ל לרש"י דגם במומר אף על גב דליכא גם כל דהו צריכה חליצה, ומהר"ם מפרש דהכל דהו קאי על היבם המוכה שחין ומשו"ה ס"ל דביבם מומר דאינו אפי' כ"ד א"צ חליצה, כן היה נראה לפום רהיטא, ומצאתי כתוב כן בכמה חיבורים מגדולי רבותינו, כל זה הוא דלא כמו שראיתי הובא דברי תשובת רד"ך בית ט' שכתב דבאם היבם אינו אפילו כל דהו גם רש"י מודה דא"צ חליצה, וכתב דהא דהחמיר רש"י במומר טעמו משום דס"ל דגם במומר איכא כל דהו, ואין בידי ספר הרד"ך לעיין בו, ובודאי כיון דחזינן דרש"י מפרש להדי' בגמ' זו דהניחא לה הוא בבעל הראשון א"כ אין לנו לעשות מחלוקת בזה בסברא ולומר דרש"י ס"ל דגם מומר איכא כל דהוא כן נראה לכאורה:

אמנם יעויין בב"י סי' ק"מ הביא בדין בעל שהמיר אם יכולים אחרים לקבל ממנו גט עבורה שלא מדעתה והביא שם תשובת מהר"ם מרוטנבורג שכתב דלדעת רש"י דיבם מומר זוקק הרי דס"ל דגם מומר חשוב לה כל דהוא וי"ל דניחא לה בו א"כ אין יכולין לזכות לה שלא מדעתה. הרי כתב להדי' דטעמו של רש"י הוא משום דס"ל דגם במומר איכא כל דהו, וזהו להדיא כהרד"ך וס"ל בפשיטות דבאם ליכא ביבם גם כל דהו גם רש"י היה מודה דא"צ חליצה, ובודאי דקשה עליו טובא דהא רש"י כ' להדיא דניחא לה להתקדש להבעל השלם והבעל הוא הכל דהוא ומהיכן דקדק דלרש"י גם מומר איכא כל דהוא, וכבר הקשה כן התה"ד בסי' רל"ז יעו"ש, והברור דס"ל למהר"ם דזה אין סברא כלל לומר דרש"י יפרש דניחא לה להתקדש להראשון על הספק דגם אם אח"כ לא יהיה לה גם כ"ד, דהא הלשון דאמר בגמרא טב למיתב טן דו משמעו דמרוצית גם לבעל גרוע והראשון הרי הוא שלם וגם רש"י מודה דהא דאמר דניחא לה בכל דהו קאי על היבם המוכה שחין ואם היבם אינו אפי' כ"ד א"צ חליצה גם לרש"י והא דהוסיף רש"י דניחא לה להתקדש לראשון שהוא שלם על ספק שתהי' זקוקה לזה כוונתו דמצד הסברא למה לה להתרצות להתקדש למוכה שחין או לבעל מום וכי חסרת אנשים היא לברור לה בעל טוב ושלם ותבחר בבע"מ, ומש"ה כתב רש"י שמרוצית להנשא להשלם ומכנסת עצמה בספק זקוקה למו"ש כיון דגם אח"כ יהיה לה עכ"פ כל דהו, [ועיין מש"כ בסמוך עוד הסבר בהבנת דברי רש"י] אבל אם לא יהיה לה אח"כ גם כל דהו גם לרש"י לא ניחא לה והוא ברור דכן הבין מהר"ם בדעת רש"י:

ועכ"פ יצא לנו קולא גדולה לפי"ז מדברי רש"י דאם נתקדשה בטעות למוכה שחין והיא לא ידעה ואף על גב דאיכא בו כל דהוא מ"מ לא אמרינן בו הסברא דטב למיתב טן דו וה"ה מקח טעות דרק להתקדש לבעל הראשון השלם שוב לא איכפת לה בהספק שתהיה זקוקה ליבם דאינו רק כל דהוא אבל להתקדש לו לכתחילה בטעות לא אמרינן הסברא דטן דו וה"ה מקח טעות ודברי הרד"ך נכונים ומוכרחים:

והנראה להסביר עוד יותר ויובן היטב כוונת רש"י בזה דהא ודאי דעיקר הדבר דאמרינן דאשה בכל דהו ניחא לה בודאי דאינו כלל גמור על כל הנשים דנאמר דכל הנשים בודאי הוא דאינן מקפידות על כל מומים שבעולם וניחא לה אפילו במוכה שחין שהוא מהכופין אותו להוציא גם בנולדו בו אחר הנשואין, דהרי אנו רואין בחוש שגם הנשים מקפידות מלהנשא לבעלי מומים הגדולים ובפרט למו"ש, ועוד דהא בדוכתא אחרינא אמרינן בגמרא טעם על הא דניחא להו בכ"ד וכולם מזנות ותולות בבעליהם, והא ודאי דרוב נשים כשירות הן ולא ניחא להו להתקדש לבעל גרוע על סמך שתזנה תחתיו ובודאי דטפי ניחא לה שיהיה לה בעל שלם ולא תצטרך לזנות תחתיו, רק כוונת הגמרא דאשה אפשר ויכול להיות דניחא לה גם בכל דהו וטב למיתב טן דו ויכול להיות דגם במוכה שחין ניחא לה, וכך הוא המשך הסוגיא דמעיקרא פריך דבנפלה לפני מוכה שחין נימא דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה ולכאורה קשה הרי האשה לא התנת שום תנאי בעת הקידושין רק דפריך דנאמר אנן דאדעתא דהכי לא קידשה ולכאורה הרי הם דברים שבלב בעלמא ואינם דברים כלל, ואפילו אם היתה מתנה מקודם בתנאי גמור דאם תפול להיבם לא יהיה קידושין לא היה מועיל אם לא שיהיה תנאי כפול וכל הפרטים הנצרכים בדיני תנאי וכ"ש הכא שלא התנתה כלל, וצ"ל דקושי' הגמרא הוא, דהוא אומדנא דמוכח דלא נתקדשה אדעתא דהכי וכמו שכתבו התוס' בכמה דוכתא דהיכא דמוכח טובא גם תנאי אינו צריך, ועל זה שפיר משני כיון דאשה ניחא לה בכל דהו, פי' דאינו אומדנא דמוכח מעצמו כלל ואפשר להיות דניחא לה בכל דהוא ושוב הדרינן לכללא דבעי תנאי גמור ככל משפטי התנאים ובפרט כשלא התנתה כלל דהוא דברים שבלב ומשו"ה מקודשת גמורה בודאי, והא דקאמר התם אנן סהדי דמינח ניחא לה בכל דהוא כדר"ל דאמר טב למיתב טן דו, רק אנן סהדי דקאמר הוא משום דכיון דלא התנתה שאם תפול לפני המו"ש לא תהיה זקוקה לו הא פשיטא דניחא לה וכמו בכל דבר שאדם עושה בלא תנאי דאז אנן סהדי דעשה כן על כל האופנים בלא שום תנאי כיון דליכא אומדנא דמוכח והדברים ברורים ונכונים, והנה כל זה שייך בדבר אחר שחוץ להקידושין וכמו בנפלה לפני מוכה שחין דבעצם המקדש לא היה שום טעות דהוא שלם בלא מום רק נבא לבטל הקידושין משום דבר שנתחדש אח"כ ולומר דעל זה האופן לא נתרצית ובכה"ג הביטול הוא בגדר תנאי וצריך בו משפטי התנאים וגם שייך בזה הסברא בדברים שבלב דאינם דברים בלא תנאי מפורש וכן בהא דקידושין דף נ' בשמע שמת בנו וכ' נכסיו לאחר דכ' התוס' והרא"ש דאינם דברים שבלב משום דאיכא אומדנא דמוכח דשם עצם הקנין שהקנה להאחר הרי היה כהוגן ומטעם אחר צריך לבטלו משו"ה אם לא היה אומדנא דמוכח היה נקרא דברים שבלב, אבל דבר דהיה טעות בעצם המעשה וכגון בנתקדשה לאחד ונודע שהוא בעל מום או מו"ש והיא לא ידעה מזה דזה נקרא מקח טעות והרי הא דטעות חוזר אינו בגדר תנאי וגם לא שייך לדון בו דין דברים שבלב דהביטול של הדבר הוא מצד דעצם המעשה היה בטעות ולזה לא בעי כלל שיהיה אומדנא דמוכח וכל מום שמקפדת עליו כשנודע לה ה"ה מקח טעות וחוזר, ואפי' אם נאמר דגם במוכה שחין איכא כל דהו מ"מ הרי אין לך מום גדול במקח מזה דנתכוונה לבעל טוב ונמצא רק כל דהו וחוזרת בה כדין כל מקח טעות, ומשו"ה דקדק רש"י ע"כ דמרוצית להתקדש לזה שהוא שלם על ספק שתהיה זקוקה לאחיו דרק משום דהמום נתחדש באחיו אבל אם היה נודע שיש מום בהבעל היה שפיר מקח טעות, ולא דמי להא דאיתא בכתובות דף ע"ז דהלכה אצל רופא ונתרפאה דאמר שם דבאשה אינה מקודשת ובאיש מקודשת משום הך סברא דטב למיתב טן דן, דהתם הרי בעצמו אינו מום כיון דכבר נתרפאה והרי אם לא התנה הבעל בפירוש רק אם קידשה סתם ונמצא שהיה בה מום ונתרפאה באשה מקודשת אפי' ורק משום דהתנה עמה מפורש ע"מ שאין בה מום לא מהני מה דנתרפאה דגם בכה"ג איכא קפידא דמאוסה עליו ומש"ה באשה דאינה מקפדת במה דהי' בו מום שנתרפא שוב אינו נכלל בלשון התנאי שהתנתה, אבל דבר דהוא בעצם מום במקח גם בלא תנאי שפיר הוא מקח טעות גם באשה:

ועכ"פ הא נתברר מדברי מהר"ם דבנפלה לפני יבם שאינו אפי' כל דהו גם לרש"י א"צ חליצה, וכהרד"ך, גם הא נתבאר לפי"ז מדברי רש"י דרק אם הבעל שלם אבל אם נמצא מום בהמקדש הראשון הוא מקח טעות וכל זה מוכרח מדברי מהר"ם שכן הוא כוונת רש"י דלהתקדש לכתחילה למי שאינו רק כל דהו בלא ידיעתה דבזה לא אמרינן כלל הסברא דטב למיתב טן דו, והרי לא מצינו בזה לשום אחד מן הראשונים שיחלוק על רש"י בזה בודאי דיש בזה סמיכה גדולה להקל להלכה באופן כזה אם יש עוד פרטים לצרף להיתר. אמנם לפוטרה בלא גט הא אין שום מקום לאומרו כלל דהא לא עדיפא מנמצא מום באשה דנתבאר בסי' ל"ט ול"ח דגם בקידש סתם צריכה גט מספק, וגם בקידש סתם וכנס סתם אינו רק ספק וכמבואר שם, רק זאת נתבאר בזה דאינו רק ספק קידושין ולא ודאי וה"ה בנמצאו מומים גדולים בבעל הוא כן:

והנה אין להקשות על זה מהא דכתובות דף נ"ז דארוסה אינה אוכלת בתרומה משום סימפון ובהגיע זמן אוכלת למשנה ראשונה דמשום דחייב כבר במזונותי' בודקה ע"י קרובותיו ואם נאמר דשייך סימפון גם בבעל אכתי לא תאכל תרומה שמא יש בו מום והרי היא אינה בודקת אותו בהגעת הזמן [ואפשר לומר עוד דכיון דאוכלת משלו אם היה יודע בעצמו שיש בו מום לא היה שדי זוזי בכדי לזונה ואח"כ לא תתרצה בו], זה אינו דהא ודאי דלא כל המומים הפוסלים באשה יפסלו באיש דאין אשה אלא ליופי משא"כ האיש, והרי אפי' אם אמרה מפורש על מנת שאין בו מום אמרינן בכתובות דבהלכה אצל רופא וריפא אותה דבאשה הוי' מום דמ"מ מאוסה היא בכך שהי' לה מקודם המום ובאיש אינו מום דאשה אינה מקפדת בזה וכמו כן הוא בכל המומים הקטנים י"ל דאשה אינה מקפדת כלל בהם, וכל דברינו הוא רק במומים הגדולים וכמו בהני דאמרינן בהו דכופין אותו להוציא והדומה להם דנראה בחוש ובסברא דגם אשה מקפדת היא בהם בזה הוא דאמרי' דהוא מקח טעות, וא"כ הא י"ל דרק באשה דכל מום פוסל בה חששו חכמים בהם לסימפון דשכיחים הם אבל באיש דאינו פוסל בו רק מומים הגדולים לא חששו להם חכמים דאינם שכיחים ומשו"ה אוכלת שפיר תרומה, וכמו דאיתא בכתובות שם דמשו"ה כהן שקנה עבד אוכל תרומה מיד דסימפון בעבדים ליכא וכתבו שם התוס' בד"ה הני דודאי דגם בעבד איכא מומים המבטלים המקח וכמו מוכתב למלכות או ליסטים מזוין או נכפה או שוטה דמבואר בגמרא דמומים אלו מבטלים המקח רק דלא שכיחא ומשו"ה לא חיישינן להו, ומשו"ה נמי לא חיישינן לסמיפון בבעל, ובזה מיושב הא דכתובות דף ע"ב דתנן המקדש ע"מ שאין בה נדרים או מומין ונמצאו בה מומין אינה מקודשת והקשו התוס' למה נקט באמר על מנת הא גם בקידשה סתם אינה מקודשת דמטעם זה ארוסה אינה אוכלת בתרומה משום סימפון, ועיי' בשיטה מקובצת שתי' בשם ריב"ש דבע"מ פוסלין בה כל המומין הפוסלים בכהנים, והא דחיישינן גם בסתם לסימפון אינו בכל המומים רק במומים הגדולים כבעל פוליפוס, וע"ש מה שכ' מדוע לא רצו התוס' בתי' זה, ולפי הנ"ל ניחא דבמומין הגדולים א"כ גם בהגיע זמן לא היה לה לאכול דלמא יש בו מום ומוכרח דבשביל מומים הגדולים לחוד לא חששו להם חכמים ועיקר החשש הוא משום כל מומים והקשו התוס' שפיר, והנה אדרבה בדברים אלו יש מקום עוד להסתפק בנמצא מום בהבעל בהא דאיתא בכתובות דף ע"ה דאמרו חכמים בד"א במומין שבסתר אבל במומין שבגלוי אינו יכול לטעון וכתב שם בהגהות אשר"י דקאי על מומים דרק לפעמים נגלים ויכול הבעל לחקור עליהם על ידי קרוביו ומיודעיו וכמו נכפה שאין קבוע לה זמן וכדומה לו דכיון דהי' יכול להתוודע ע"י חקירה בודאי ידע ונתפייס, ויש מקום להסתפק ולומר דלא אמרו כן רק במומין שבאשה כיון דכל מומים פוסלים בה והוא שכיח שיהיה בה איזו מום מדחזינן דחששו להם חכמים לענין תרומה ובודאי חושש גם הבעל להם וחוקר עליהם ומשו"ה במומין שבגלוי אינו יכול לטעון גם במומין דאינם שכיחים דהא ע"י שחוקר ובודקה עבור המומים השכיחים הלא ממילא יודעו לו כל המומים שיש בה רק שיהיה בגלוי קצת שיכולים להתוודע ע"י חקירה ובדיקה, אבל במומים שבבעל דאינו פוסל רק מומים גדולים דאינם שכיחים אפשר יש מקום לומר דמש"ה אינה חוששת לחקור עליו כלל וכמו דחזינן דלא חששו להם חכמים ולא אסרוה בתרומה עבורם כמו כן י"ל דגם היא משום זה אינה מעלה על דעתה לחקור עליו כלל וא"כ גם במומים שהם קצת נגלים וכמו נכפה שאין קבוע לה זמן אפשר דנאמנת לומר שלא ידעה מהם וצ"ע:

והנה אין לפקפק בכל זה מהא דכתבו התוס' בב"ק שם דהא דפריך נימא דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה הוא רק בנפלה מן האירוסין ולא בנפלה מן הנשואין וכן כתבו התוס' בכתובות דף מ"ז יעו"ש, זה אינו דרק שם דאין שום טעות בהקידושין בעצמם דהרי המקדש היה שלם וגם בשעה שנתקדשה היתה יודעת מספק זה דיכול להיות שתפול להיות זקוקה להמוכה שחין ואין שם ביטול מצד טעות בקידושין רק צריכין לבטלו משום תנאי וכמו שנתבאר למעלה שפיר חילקו התוס' בין אירוסין לנשואין דהרי בכל דבר שנעשה בין שני אנשים אין ביד אחד להטיל תנאי בדבר אם לא מדעת שניהם ושפיר כתבו התוס' דבנשואין דהוא ודאי אינו רוצה לבטל הנשואין ע"י התנאי דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות איננה יכולה לומר דאדעתא דהכי לא נתקדשה, ורק בנפלה מן האירוסין דלא איכפת ליה כלל בהתנאי אם יתבטלו הקידושין כשתפול לפני אחיו שפיר אמרינן דתלוי רק בה ובדעתה ואדעתה דהכי לא קידשה נפשה, אבל בנמצא מום בהבעל עצמו דבאנו עליו מצד מקח טעות שטעתה היא בו בשעת הקידושין הרי כל טעות תלוי הכל בזה שטעה לחודא ואין שום חילוק בין אירוסין לנשואין, וכן מוכח מדברי התוס' שם שכתבו דמש"ה ג"כ קונה בהמה ונטרפה או מתה אח"כ לא יוכל לומר דאדעתא דהכי לא קנה דהרי תלוי גם בדעת המקנה ג"כ והוא לא נתרצה בהתנאי, והרי כל זה הוא בנטרפה אח"כ אבל אם נמצאת שהיתה טרפה מקודם בשעת הקני' הוא מבואר להדי' בחולין דף נ' דבהוגלד פי המכה בידוע שג' ימים מקודם נטרפה ובטל המקח, וזהו כמש"כ, וכל זה הוא ברור ופשוט ולא הוצרך להכתב רק מפני המערערים שלא יערערו על כל הנ"ל:

ועיין בכתובות דף ע"ז תנן האיש שנולדו בו מומין אין כופין אותו להוציא ואמרי' בגמרא אית תנא נולדו ואית תנא היו, מאן דתני נולדו דאין כופין כ"ש היו ומאן דתני היו דסברה וקיבלה אבל נולדו לא, ולכאורה צ"ע דמנ"ל להגמרא דמאן דתני היו פירושו שהיו בו מומים והיא ידעה מהם ונתרצה דלמא פירושו היו ולא ידעה מהם ואפ"ה אין כופין וא"כ הא י"ל דמאן דתני היו כ"ש נולדו אח"כ דאין כופין וכבר הקשה כן הב"ש בסי' קנ"ד ס"ק ב' ומוכח מזה דבהיו והיא לא ידעה מהם ס"ל להגמרא בפשיטות דהוא מקח טעות וכופין להוציא, ועיין בב"ש שם מה שהביא דברי הב"ח שכ' להיפוך:

שו"ת שבות יעקב חלק א סימן קא

בדבר המעשה שהיה כך היה בחור אחד נשא לבתולה אחת בת קציני ועשירי ארץ ואחר חתנותה ימים לא כביר נפל קטט' בין איש לאשתו בטענת ישען על ביתו ולא יעמוד שאין לו גבורת הנשים /אנשים/ והוא הסריס והבעל רצה לפייס' ולא נתפייס' בכן יעץ את עצמו לפי דרכו והלך ונסוע הנגבה וטרם נסיעתו אמר לכמה אנשים שדעתו להרחיק נדוד ושיהא בבל יראה בל ימצא איה ואיפה מקום חנייתו כן אמר ויהי וילך מפני הבושה וזה כמו חמש שנים שנעלם מן העין ולא ידע מקומו והיא יושבת עגונה וגלמודה וכבר דרשו חקרו אחריו ולא נודע ממנו כלל כי נאבד שמו וזכרו אך ורק שיש לאשה עדות ברורה שהוא אינו איש כלל שהוא סריס גמור שכבר שקדו חכמים על תקנת עגינת /עגונות/ אם יש להמציא היתר ולומר שבטעות נתקדשה ומקחה מקח טעות כי אדעתא דהכי לא נתקדשה ותהיה מותרת בלא גט אך מאן חכים למעבד כי האי עובדא אי לאו מר דגברא רבה לחות דעתו הרמה מש"ס ופוסקים ראשונים:

תשובה אף דטרידנא לע"ע טובא מ"מ משום תקנו' העגון נזדקקתי לשאלתך ולא מצאתי תרופה למכתה והא דקי"ל משום עגונה הקילו היינו משום דאשה דייקא ומנסבא ומתוך חומר שהחמרת עליה בסופה וכל הני טעמי לא שייכי בנדון שלפנינו כיון שהוא בחזקת חי רק שמצד אחר באנו להקל ולהתיר א"א לעלמא בלא גט הוא ענין חמור מאוד על כן להפיק רצונך באתי לברר הדבר מש"ס ופוסקים דמבואר /במס' כתובות/ בפ' המדיר דף ע"ג ובמיימון פ"ז מה' אישות ובא"ה סי' ל"ט דהמקדש אשה סתם ונמצ' בה מומין הרי זו מקודשת מספק אפי' מומין גדולים ואין לה כתובה ודון מינה דאם אמרו כן גבי אשה דסתם איש מקפיד על מומי אשה כי חזקה אין אדם מתפייס במומין וכ"ש מום הנמצא באיש דקי"ל האיש שהיו בו מומין או נולדו בו דאין כופין להוציא משום דאתתא בכל דהוא ניחא לה וכ"כ הגהו' אשרי סוף פ' המדיר והמרדכי שם כתב דאין מבטל המקח לבטל הקידושין לגמרי ואפי' מאן דפליג התם בש"ס גבי איש דבמומין גדולי' כופין להוציא מ"מ גיטא ודאי דבעי' אפי' מוכא שחין וכה"ג כמבואר במתני' דסוף פ' המדיר ובטא"ה סי' קנ"ד דכופין אותו שיתן גט אבל לצאת בלא גיטא ליכא למ"ד ואל יבהלונך רעיונך דהא התם קתני במתני' שהיו בו או שנולדו ולא קתני שנמצאו דהוה משמע אפי' לא הכיר בו אלא שהיו בו דמשמע שהכיר בו (וכדאית' ביבמות דף י"ב) היינו לרבותא דאפי' היו בו וידעה אפ"ה כופין להוציא מכ"ש נמצאו וכן מבואר מלשון הטור /אבן העזר/ ר"ס קנ"ד ועיין שם בב"ח ובבית שמואל אבל עכ"פ גיטא בעי וא"כ ה"ה בנדון זה ואל תשיבני ממ"ש התוספת ריש פ"ק דיבמות דף ב' ע"ב ובהרא"ש לשם בהא או שנמצאו איילונית וז"ל אף על גב דבמקדש על תנאי וכנס סתם דבעי גט היינו דוקא בשאר מומין דאיכא דמחיל אבל באיילנות אין אדם מוחל והוי מקח טעות ולא בעי גט וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל ליב /קיג/ סי' א' (ודברי הרא"ש אלו בפסקיו ובתשובה נתעלמו מן הב"ח בא"ה סי' יו"ד /י'/ סעי' ב' והוא עצמו בסי' קע"ב סעי' מעתיק דברי הרא"ש אלו שס"ל כדעת התוספ' ולא כרש"י ע"ש) וא"כ נימא דה"ה בסריס דלא בעי גט אי משום הא לא אריא דדוקא באיילנות שהאיש בודאי מקפיד לפי שהוא מצוה על פ"ו על כן הוי מקח טעות משא"כ באשה שאינה מצוה על פ"ו הדרינן לכללין דאתתא בכל דהוא ניח' לה ולא הוי מקח טעות. וכן מבואר להדיא מדברי הראשונים הנה בודאי לדעת הרמב"ם אפי' באיילנות ולא הכיר בה אדם פסק דהוי קדושין גמורין וכדע' רש"י וכ"ש בסרי' וכמ"ש להדיא בפ"ד מה' אישו' וז"ל סריס שקדש בין סריס חמ' ובין סריס /אדם/ וכן איילנות שנתקדשה הרי אלו קדושין גמורים עכ"ל ודברי הרמב"ם מיירו אפי' בלא הכיר בה וכ"כ שם המ"מ להדיא על בבא דאיילנות וכ"ש בסריס כמ"ש ונ"ל דלמד כן המ"מ מסתימות לשון הרמב"ם דמיירו בכל עניין אפי' לא הכיר בה הוי קידושין וכן יש לדקדק מדהצריך לכתוב בסריס חמה דהוי קידושין דקשה פשיטא כיון דמותר לבא בקהל והכיר בו אלא ודאי דמיירו בלא הכיר בה אפ"ה הוי קידושין ולא הוי מקח טעות: ואף התוספת והרא"ש דפליגי באיילנות אם לא הכיר בה אהרמב"ם וס"ל דהוי מקח טעות מ"מ בסריס מודו מטעם שכתבתי וכן מבואר להדיא מדברי הטור /אבן העזר/ בסי' מ"ד שהעתיק דברי הרמב"ם וכתב וז"ל וכתב עוד סריס שקדש בין סריס חמה בין סריס אדם וכן איילנות שנתקדשה הוי קידושין והתוספת כתבו דאיילנות שנתקדש' לא הויין קידושין אפי' מדרבנן עכ"ל הטור ומדכתב דעת התוספת שחולק על הרמב"ם והרי התוספ' לא פסקו כן אלא בלא הכיר בה מכלל דהרמב"ם מיירו אפי' בלא הכיר בה וכ"ש בסריס ודלא כמו שעלה על דעת הלחם משנה גם בתשובת אמונת שמואל סי' ל"ד ובאמת עיקר כדעת המ"מ והטור שמפרשין דעת הרמב"ם מפשט אפי' בלא הכיר בה ואין סתירה ממ"ש הרמב"ם פ' כ"ד מה' אישות דין ח' היתה איילנות ולא הכיר בה כל מה שאבד וכו' מפני שאין שם אישות גמורה לא זכה בנכסי מלוג עכ"ל אין זו סתירה כלל דלכן דקדק הרמב"ם וכתב מפני שאין שם אישות גמורה היינו לענין אשו' ונישואין שיזכה בנכס' כיון שלא הכיר בה והי' איילונ' שאינ' ראוי' לנהוג בה מנהג אישות אבל קידושין ודאי דהוי קדושין גמורין כמו שפס' שם בפ"ד וצ"ל להרמב"ם דל"ד לקדש סתם וכנס סתם ונמצא בה מומין דמקודשת רק מספק משום דהת' החזק' אין אדם מתפייס במומין ומאיסה ליה משא"כ באיילנות שאין לה מום וחסרון מגופה מבחוץ ואין אשה אלא ליופי ורק שאינה יולדת אפשר לו לישא עוד אשה ולהוליד ממנה לכן הוי קידושיו קדושין גמורין אף בלא הכיר וצריכה גט. ויהי' איך שיהיה מ"מ בסריס דעת כל הפוסקים שוה דאפי' בלא הכיר בו קידושיו קידושין כי אתתא בכל דהוא ניחא לה ובעי גט וכה"ג מבואר ביבמות פ' הערל הסריס אינו חולץ וחולצין לאשתו ואם עבר ובא עליה קנאה ומוציא בגט וכן הוא בטא"ה סי' קע"ב ובסי' קנ"ד בטור וב"י מבואר בטוענת ישען על ביתו ולא יעמוד או כה"ג שהוא אינו יכול והוא הסריס דכופין אותו להוציא מ"מ גט בעינן ודוחק לאוקמי כל הני דוק' בהכיר' בו או שנולד בו אחר נישואין. וכה"ג כתב המרדכי /במס' כתובות/ פ' המדיר וז"ל אף על גב דנכפה לגבי אשה מום הוי אין משם ראי' להחשיבו גבי איש מום דאשה בכל דהוא ניחה לה ואין בידי לכפות ליתן גט עכ"ל הרי להדיא דאין לדמות איש לאשה משום דאשה בכל דהוא ניחא לה וכמ"ש. ואם יאמר האומר לסתור דבר זה מהא דכתב הרשב"א בתשובה והובא בב"י בסי' קנ"ד ובתשובת מהר"מ דפוס קרימוני סי' ק"נ שבטוענת אינו יכול לזקק עם אשתו ודאי דכופין להוציא שלא ע"ד כן נכנסה והכל יודעין כלה למה נכנסה לחופה והוא מעיקר הזיווג דהא דאמרינן איתתא בכל דהו' ניחא לה והכא אפי' כל דהו' ליכא עיין דבריהם באורך אי משו' הא לא תברא דהא אינהו גופייהו לא כתבו אלא לענין שכופין להוציא בגט אבל לא לפטרה בלא גט דאפשר דאע"ג דאין יכול לבעול מ"מ בכל דהוא היה ניחא לה דרך איברי' וחיבוק ונישוק ורוצה אשה בקב ותפלות רק עכשיו מתחרטת כי רוצה חוטרא לידה ומרה לקבורה על כן כופין להוציא בגט ובפרטות לפי מה שפרש"י בקדושין דף ז' על הא דאתתא בכל דהוא ניחה לה כדריש לקיש דאמר ריש לקיש טב למיטב טן דו פרש"י בגופים שנים בעל ואשתו ואפי' אינה לה אלא לצוות בעלמא עכ"ל וגם לפי מה דאית' בש"ס דיבמות דף קי"ח ובכתובת דף ע"ה ע"א הטעם שכולן מזנות תולות /ותולות/ בבעליהן אם כן אף בכי האי גוונא באיש שאין לו גבורת אנשים מ"מ תולת בבעליהן דלאו כולי עלמא ידעי מזה. ועכ"פ אין לזוז ממשמעות הרמב"ם והטור והש"ע והמ"מ שמבואר מדבריהם להדיא דאפי' לא הכיר בו קדושיו קידושין ושוב מצאתי בתשובת חות יאיר סי' רכ"א שרוצה להכריע להלכה ולא למעשה שא"צ גט אם לא הכיר בו שהוא סריס ומפרש דברי הרמב"ם דוקא בהכיר בו וכה"ג ע"ש דבריו באורך אכן לפמ"ש כל דבריו ממילא מופרכין ואין לסמוך עליו בזה להלכה נגד משמעות פוסקים ראשונים ועגונה זו לשוא שמרה כי א"א להתירה בלי גט או עידי מיתה לכן הדבר צריך חקירה אם עדיין בחיי' ולכפותו אותו להוצי' בגט כשר כנ"ל ה"ק יעקב:

