

ב"ה. חודש תמוז תשי"א לפ"ק. פתח תקוה ת"ו. מעשה בא לידינו בבית הדין האיזורי פה פתח תקוה, באחד מעולי תימן שנפלה לפניו אשת אחיו ליבום, והוא רוצה רק ליבם, והיבמה אינה חפצה בו ותובעת שיחלוץ לה ויפטרנה. (ללא טעם סביר לסירובה להתיבם לו). והנה עמדתי ואתבונן בדבר התקנה החדשה שנתקבלה בירושלים ע"י הרבנות הראשית לישראל, בתאריך כ"א שבט תש"י, (והובאה ככתבה וכלשונה בשו"ת היכל יצחק ח"א (חאה"ע סי' ה עמוד נא). וכן נזכרה בקצרה בשו"ת ישכיל עבדי ח"ו (חאה"ע סי' קכב סעיף ט אות ז). ע"ש). וז"ל: ברוב קהלות ישראל וכן בקהלות האשכנזים שבארץ ישראל, קבלו עליהם להלכה כדברי הרמ"א שפסק שמצות חליצה קודמת למצות יבום, וגם כששניהם היבם והיבמה רוצים ביבום אין מניחים אותם ליבם. ובהיות שבזמנינו הדבר ברור שרוב היבמים אינם מתכוונים לשם מצוה, ומשום דרכי שלום ואחדות במדינת ישראל שלא תהיה התורה כשתי תורות, לפיכך הרינו גוזרים על תושבי ארץ ישראל ועל אלה שיעלו ויתישבו בא"י מעתה ומעכשיו והלאה לאסור עליהם לגמרי מצות יבום, וחייבים לחלוץ, ואם לא יסכים היבם לחלוץ מחייבים את היבם במזונות היבמה כפי מה שיפסקו עליו בית הדין עד שיפטר את יבמתו בחליצה. איסור זה יהיה אפשר להתירו רק במסיבות מיוחדות וע"פ החלטת מועצת הרבנות הראשית לישראל המורחבת בחתימת שני הרבנים הראשיים לישראל. עכ"ל. וחתומים על זה הרבנים הראשיים לישראל הגר"צ מאיר חי עוזיאל והגר"א הלוי הרצוג [צ"ל]. והנה אנו הספרדים ועדות המזרח ותימן קבלנו עלינו הוראות רבותינו הרמב"ם ומרן הש"ע, שסוברים שהלכה כחכמים שמצות יבום קודמת לחליצה אף בזמן הזה שאין מתכוונים לשם מצוה, וחלה עלינו חובת ביאור אם יש תוקף להסכמה הנ"ל לדידן, או לא?

(א) גרסינן ביבמות (לט:), תנן התם, (בבכורות יג), מצות יבום קודמת למצות חליצה, בראשונה שהיו מתכוונים לשם מצוה. עכשיו שאין מתכוונים לשם מצוה, אמרו, מצות חליצה קודמת למצות יבום. ומסקינן עלה, אמר רמי בר חמא א"ר יצחק, חזרו לומר מצות יבום קודמת למצות חליצה, א"ל רב נחמן, **אכשור דבי?** א"ל מעיקרא סברי לה כאבא שאול ולבסוף ס"ל כרבנן, דתניא, אבא שאול אומר הכונס את יבמתו לשם נוי ולשום אישות ולשום דבר אחר, כאילו פוגע בערוה, וקרוב בעיני להיות הולד ממזר. וחכמים אומרים יבמה יבא עליה מכל מקום. וכתב הרי"ף בהלכות שם והלכתא כרבנן דאמרי יבמה יבא עליה מכל מקום. וכן פסק **הרמב"ם** (פ"א מה' יבום ה"ב). וז"ל הרמב"ם בתשובה (ירושלים תרצ"ד סי' קע): וכבר ידעתם מסקנת פסק ההלכה שמצות יבום קודמת למצות חליצה, ואפילו אינו מתכוין לשם מצוה, אלא לשם נוי או לשם ממון, מפני שלאחר שמת אחיו בלא בנים הותרה לו, ונסתלק לגמרי איסור ערוה, כסברת חכמים. אמנם לסברת אבא שאול מצות חליצה קודמת, להיותו סובר שאיסור אשת אח דחוי מפני היבום, ואם כוונתו לדבר אחר נעשה פוגע בערוה. ואין הלכה כמותו, כאשר ביאר התלמוד. ע"כ. (וכן הובאה תשו' הרמב"ם הנ"ל בשו"ת מהר"ם אלשקר סימן עט). נמצא שהמחלוקת בין אבא שאול לרבנן היא אם איסור אשת אח הותר לגבי מצות יבום, או דחוי הוא בלבד, וקי"ל כרבנן שאיסור אשת אח הותר לגמרי. ולפ"ז לכאורה נראה דאבא שאול אוסר מן התורה כשמתכוין לשם נוי או ממון. וכן משמע בגמ', מהא דא"ר יצחק בר אבדימי (יבמות לט:), מאן תנא להא דת"ר, יבמה יבא עליה, מצוה, וכו', אבא שאול היא והכי קאמר, יבמה יבא עליה, מצוה, שבתחלה היתה עליו בכלל היתר רצה לשם נוי כונסה רצה לשם אישות כונסה, נאסרה וחזרה והותרה, יכול תחזור להיתרה הראשון, ת"ל יבמה יבא עליה, למצוה. דיליף לה מקרא שלא הותרה אלא לשם מצוה. וכן דעת הרמב"ן בחי' ליבמות (לט:), שכ', דמתני' דר"פ הבא על יבמתו (יבמות נג:): הבא על יבמתו בין בשוגג בין במזיד (פרש"י, שוגג כסבור שהיא אשתו או אשה אחרת, מזיד לשום זנות ולא לשום מצוה), בין באונס בין ברצון, קנה, לא אתיא כאבא שאול, דהא איהו דריש יבמה יבא עליה למצוה, והיאך אפשר שיהא זה כפוגע בערוה והולד ממזר ורחמנא רבייה לקנייה, אלא ודאי דלאבא שאול לא קנה. ומעתה הדבר מוכרע שהלכה

כחכמים מהסוגיא דר"פ הבא על יבמתו דכולהו אמוראי מודו בהו דקנה. ע"כ. אולם הריטב"א בחי' ר"פ הבא על יבמתו (נג:) כתב, פי' [הרמב"ן], וסתמא דלא כאבא שאול דאמר הכונס יבמתו לשם נוי כאילו פגע בערוה, וההיא אפי' בדיעבד היא כדקתני הכונס, ובמזיד דקתני הכא היינו כמו לשם נוי, שהרי עושה לזנות בעלמא, כפרש"י. ואפשר דאבא שאול מדרבנן קאמר, והיינו דאמר כאילו פוגע בערוה, וקרוב בעיני להיות הולד ממזר, ומדרבנן קאמר וכו'. וזה יותר נכון, מדלא פירשו בגמ' דמתני' דלא כאבא שאול, אלא ודאי דלכתחלה קאמר שאסור לכנוס לשם נוי וזנות, והכא קתני בדיעבד דקנה. ע"כ. וכ"כ הנימוקי יוסף (ר"פ הבע"י) וז"ל: ומיהו הא דתנן במזיד קנה מסתברא דבדיעבד קאמר אבל לכתחלה אסור לעשות כן מדרבנן, והיינו דלא פירשו בגמ' מתני' דלא כאבא שאול דאמר הכונס יבמתו לשם נוי כאילו פוגע בערוה וקרוב בעיני להיות הולד ממזר, דהא הכא במזיד היינו לשם נוי שעושה לזנות בעלמא, א"ו דאבא שאול מדרבנן הוא דקאמר ולכתחלה, והכא בדיעבד הוא דאמר דקנה. ורבנן מודו דאסור לעשות כן (לשם זנות), אלא דפליגי אפי' לכתחלה אם בועל לשם נוי דלא הוי כפוגע בערוה. ע"כ. (וע' בשו"ת הרשב"א ח"א ס"ס אלף וקס"ה). ולכאורה הכי משמע ממה שפירש רש"י (יבמות לט:) אהא דאמר רב אין כופין, ופרש"י, דקאי למסקנת המשנה שמצות חליצה קודמת, דמ"מ אי ניחא לתרויהו ליבומי אין כופין אותו לחלוץ דנימא לאו למצוה מכווני ופגע באיסור אשת אח, אלא אי בעי מייבם. ע"כ. (וכ"כ האור זרוע ח"א סי' תרלח בשם רבינו יהודה בר נתן). וקשה שמכיון דמתני' אבא שאול היא, אמאי שבקינן ליה ליבומי, והרי עכשיו אין מתכוונים לשום מצוה, והו"ל כפוגע בערוה וקרוב לומר שהולד ממזר, ורש"י שם מסיק הלכתא כאבא שאול, אלא ודאי דס"ל דלאבא שאול נמי אין האיסור בזה אלא מדרבנן ולכתחלה, ומש"ה לא כייפינן ליה לחלוץ, דחליצה מעושיית פסולה (יבמות קו). וע' בתוס' (יבמות לט:) שכתבו: ואומר ר"ת דהלכה כאבא שאול וכסת"מ דבכורות (יג) ודלא כרמי בר חמא דאמר חזרו לומר מצות יבום קודמת כרבנן. ועוד דבריש מכילתין (ג) אמרינן דמתני' דריש מכילתין דקתני פטורות צרותיהן מן החליצה ולא מן הייבום וצ"ל: ומן היבום, ולא קתני מן היבום ומן החליצה, אבא שאול היא דאמר מצות חליצה קודמת. ולקמן (קט) תני בר קפרא לעולם ידבק אדם בחליצה, כאבא שאול. וסתמא דגמ' בפרק אע"פ (כתובות פד) דאמר שמואל כותבין אגרת מרד על ארוסה ולא על שומרת יבם, כאבא שאול דאמר מצות חליצה קודמת. והר"ח כאן פסק דמצות יבום קודמת, וחזר בו לקמן בפ' מצות חליצה ופסק דמצות חליצה קודמת. ע"כ. ולכאורה מוכח מד' התוס' דס"ל כהריטב"א והנמק"י הנ"ל, דאבא שאול מדרבנן בעלמא קאמר, ומתני' דר"פ הבא על יבמתו אתיא שפיר אליבא דאבא שאול, דאי ס"ל דהוי מדאורייתא, כמ"ש הרמב"ן, א"כ מאי אולמא דסת"מ דריש יבמות, מסת"מ דר"פ הבע"י. ואדרבה הסת"מ דר"פ הבע"י דהוי לדינא (ולא מדיוקא דלישנא) עדיף טפי, ותו דהוי סתמא בתראה במס' יבמות. ואין לומר משום דהוי ספקא דדינא הי סתמא עדיף, ואזלינן לחומרא, דסד"א לחומרא. וכמ"ש כיו"ב בחי' הרשב"א (ברכות ט), דהכא פסקינן גם לקולא כאבא שאול, דהא לדידיה אין כותבין אגרת מרד על שומרת יבם, ומוציאים ממנו כתובתה, ואין דנים אותה כמורדת. ואין לומר ג"כ דה"ט דאזלינן בתר סת"מ דבכורות (יג), משום דבתרי סתמי בתרי סדרי יש סדר למשנה, כמ"ש מרן הכ"מ (רפ"ט מה' רוצח), זה אינו, שהרי התוס' ביבמות (מב:) ד"ה סתם, כתבו וא"ת בפ' המוציא יין (שבת פא:) דפר"ך, ומי סבר ריו"ח דבר שאינו מתכוין אסור והא אריו"ח הלכה כסתם משנה, ותנן (נזיר מב) נזיר חופף ומפספס אבל לא סורק, ומאי קושיא והא סתמא בנזיר, ופלוגתא בביצה (כג), ובתרי מסכתי קי"ל אין סדר למשנה. ע"כ. מוכח מדבריהם דבתרי סדרי נמי קי"ל אין סדר למשנה ולא אזלינן בתר סת"מ של הסדר האחרון. ובאמת הא דמרן הכסף משנה פלוגתא דרבוותא היא, שהר"ן (סוף פסחים) ע"כ דלא ס"ל כמרן הכ"מ. וכן מוכח בחי' הרשב"א (ברכות ט) הנ"ל. וכמ"ש בספרי חזון עובדיה ח"א (סי' כג). וע"ע להגאון מהר"ם בן חביב בס' כפות תמרים (סוכה לז:) שהביא מחלוקת בזה. ע"ש. ואעיקרא אילו הוה ס"ל להתוס' דאיכא סת"מ דר"פ הבע"י דלא כאבא שאול לא הוו שתקו מניה. (וע' בשו"ת הרדב"ז ח"ד סי' קח שכל שאף לר"ת הך דיוקא דריש מכילתין לא חשיב כ"כ כסת"מ אליבא דאבא שאול. ע"ש). ולפיכך נראה דס"ל כד'

הריטב"א והנמק"י הנ"ל דאבא שאול מדרבנן קאמר שאסור לייבם לכתחלה משום נוי, אבל בדיעבד קנה. וכן כתב בפשיטות בשו"ת גנת ורדים (חאה"ע כלל ב סי' יא) דאבא שאול נמי דקאמר דהוי כאילו פוגע בערוה וקרוב בעיני להיות הולד ממזר, אינו אלא דרך גוזמא, דיהבין קדימה לחליצה על מצות יבום, ואם עבר וכנס לשם נוי ולשם ד"א שפיר דמי. ע"ש. וכ"כ בשו"ת עבודת השם (חאה"ע סי' מד, דף רג ע"א), דההיא דאבא שאול אינו אלא מדרבנן ודרך גוזמא קאמר דהוי כאילו פוגע בערוה. ושכ"כ הגנת ורדים הנ"ל. ע"ש. (ולא זכרו מחלוקת הרמב"ן נגד הריטב"א והנמק"י בזה).

(ב) איברא דחזי הוית להבית שמואל (סי' קסו סק"ה) שהביא מ"ש הנמק"י הנ"ל דמתני' דר"פ הבע"י אתי שפיר גם אליבא דאבא שאול, דלא קאמר אבא שאול אלא מדרבנן שאסור לייבם לכתחלה לשם נוי או ד"א, אבל בדיעבד קנה כיון דמדאורייתא ליכא איסורא. וכן ע"ז, ומיהו י"ל שאף אם היה אסור לייבם מדאורייתא מ"מ בדיעבד קנה אותה. ע"כ. (וע"ע בבית שמואל סי' קעד סק"ג, שכ', דמהש"ס (יבמות לט:)) מוכח דאבא שאול ורבנן פליגי בדאורייתא, והסביר, דלאבא שאול הנושא לשם דבר אחר בהדיא אסור מן התורה, ואם אינו ידוע אם נושא לשם ד"א גזרו חז"ל שלא יכנס ומש"ה אמרו מצות חליצה קודמת. אבל לרבנן שאפי' נושא לשם דבר אחר ליכא איסורא דאורייתא, מש"ה לא גזרו רבנן בנושא סתם וכו'. ע"ש. וכל זה שלא כד' הריטב"א והנמק"י דלדידהו לאבא שאול ליכא איסורא דאורייתא כלל אפי' כונס להדיא לשם ד"א. וכן העיר בקצרה ע"ז בשו"ת תורת חסד מלובלין חאו"ח סי' יא אות ו. וע"ע בבית מאיר סי' קעד. ע"ש). אולם הבית מאיר (ס"ס קסו) כ' ע"ד הב"ש, ולפע"ד דברי הנמק"י ברורים דאילו הוי מה"ת שלא הותר איסור אשת אח אלא כשמכין לשם מצוה, א"כ איך אפשר שיקנה בדיעבד הא אין קידושין תופסים בה, וכפרש"י (יבמות נב) גבי מאמר יבמין, דלאו קידושי תורה הן שהרי אין קידושין תופסין באשת אח, והתורה לא התירה לו אלא כסדר המצוה, וביאה הוא דכתב בה רחמנא. ע"כ. (וד' רש"י הובאו בבית שמואל סי' קסו סק"ב). א"ו שאף אבא שאול עצמו אינו אומר שהיא כערוה מה"ת אלא כאילו פוגע בערוה ומדרבנן. ע"כ. וע"ע בבית מאיר (ר"ס קסה) שהביא מ"ש ביבמות (מא) בדין שומרת יבם שקידש את אחותה וכנסה ואח"כ מתה, מהו ביבמתו, רב ור' חנינא אמרי מותר ביבמתו, דהו"ל יבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להיתרה הראשון. וכן הרשב"א בחי' שם, דלאו למימרא שתהא היבמה זקוקה לו לא לחלוץ ולא ליבם, אלא מותר בלבד קאמר, כלומר שאם ירצה לישאנה אינה אסורה לו וכו', שכיון שבשעת נפילה הותרה שוב א"א שתיאסר לו משום אשת אח, אלא דמשום שקידש את אחותה הוא דנפטרה לה, הילכך כ"ז שאשתו קיימת קאי עלה באיסור אחות אשה והשתא דמתה חזרה יבמתו להיתרה הראשון. וכן ע"ז הבית מאיר, ונלע"ד שדברים אלו אינם כלל לשיטת אבא שאול, שאומר שהכונס יבמתו לשם נוי או ד"א כאילו פוגע בערוה, דהיינו אשת אח, שהרי ביבמה שקידש אחותה ומתה, כשנושאה אח"כ ודאי שלא לשם מצוה נושאה, שהרי כבר הופקעה הזיקה והמצוה ומ"מ מותר בה, וש"מ שאיסור אשת אח נסתלק מיד בשעת נפילה שהותרה לו לגמרי, ואיך אפשר שאם כונס לשם ד"א פוגע באיסור ערוה הרי האיסור כבר חלף הלך לו, וה"ז כשאר עושה מצוה שלא לשמה שמ"מ אין עבירה בידו, ומוכח דהאי פסקא דרב אזיל רק לדעת רבנן, ומאחר שכל גדולי ישראל מורים הלכה כרב איך אפשר לפסוק כאבא שאול, והרי מהסוגיא משמע דאבא שאול ורבנן פליגי בדאורייתא, דדרשין יכול תחזור להיתרה הראשון ת"ל יבמה יבא עליה למצוה, הא לשום ד"א לא הותרה, ונשארה באיסור ערוה דאשת אח מה"ת. ואולי י"ל דמ"מ מפרשים ד' אבא שאול רק מדרבנן, וכדדייק לשונו כאילו פוגע בערוה וקרוב וכו', ולא קאמר פוגע בערוה והולד ממזר, והדרשא אינה אלא אסמכתא בעלמא. ולעולם מודה אבא שאול להאי דינא דרב עם פי' הרשב"א הנ"ל. ושו"ר שכ"כ באמת הנמק"י ר"פ הבע"י דלא קאמר אבא שאול רק מדרבנן ולכתחלה וכו'. עכ"ל. ויש להעיר קצת ממ"ש התוס' יבמות לט: לפרש הא דאמר רב אין כופין דקאי ארישא, בראשונה היו אומרים מצות יבום קודמת, ועז"א שאין כופין לייבם, והא דאמרין נמי כי אתו לקמיה דרב אמר להו אי בעית חלוץ אי בעית יבם, היינו במתכוונים לשם מצוה, הלא"ה קי"ל כאבא שאול

דמח"ק. ע"כ. ומוכח דס"ל דרב נמי מודה לאבא שאול. והא רב גופיה ע"כ דלא ס"ל כאבא שאול מדאמר מתה אשתו מותר ביבמתו שתחזור להיתרה הראשון. א"ו דס"ל להתוס' ג"כ דאבא שאול נמי לא קאמר אלא מדרבנן, וכדמסיק הבית מאיר הנ"ל, וכמש"כ לעיל בד' התוס'. וע' היטב בחזון איש (סי' קלד ליבמות מא) ע"ש. וע' בירוש' ריש יבמות בההיא דאבא שאול שקרוב להיות הולד ממזר, מה אבא שאול ס"ל כר' עקיבא שיש ממזר ביבמה? ומשני, מה דאר"ע ביבמה שזינתה, והא דאבא שאול ביבמתו (דהו"ל כפוגע באשת אח שלא במקום מצוה). וע' בתוס' רידב"ז שם. והנה הרא"ש בכתובות (פרק אע"פ סי' לו) פסק כאבא שאול דמצות חליצה קודמת, ופסק (בר"פ הבא על יבמתו) שבין בשוגג בין במזיד קנה, ומוכח דלא ס"ל כרמב"ן דאמר דאבא שאול פליג אמתני' דר"פ הבע"י, אלא כד' הריטב"א והנמק"י דאבא שאול נמי מדרבנן קאמר, ומה"ת קנה. וע' בשו"ת אחיעזר ח"א (סי' לד אות ה) שהביא מחלוקת הרמב"ן עם הריטב"א והנמק"י אי אבא שאול מדאו' קאמר או רק מדרבנן, וכתב, שמדברי הרמב"ם בפ' המשנה (ספ"ק דבכורות) נראה דס"ל כרמב"ן, שכל, ומה שאמר בכאן חזרו לומר מצות חליצה קודמת הוא על דעת האומר שהיבמה אינה מותרת אלא עד שיכין היבם בביאתו לשם מצוה, אבל אם נשאה לשם ממון או לשם נוי ה"ז כאילו פוגע בערוה, ואין זה אמת, לפי שמאחר שנסתלק ממנה איסור ערות אשת אח כשמת אחיו בלא בנים הרי הוא מותר בה, ואפי' נתכוון שלא למצוה, ולפיכך יהיה הדין שמצות יבום קודמת למצות חליצה בכל זמן. וכן ההלכה. ע"כ. ומשמע דאבא שאול מדאו' קאמר. ע"כ. ויותר יש לדייק כן מתשו' הרמב"ם (סי' קע) שכל שלד' אבא שאול לא הותרה אשת אח במקום יבום, אלא דחווה היא, (וע' ביומא ו:), ומש"ה ס"ל דבעינן דוקא כשמתכוין לשם מצוה. ולכאורה יש להקשות לאבא שאול דס"ל דחווה היא לגבי מצות יבום, דהא ביבמות (כ) גבי אלמנה מן האירוסין לכ"ג, פריך, ליתי עשה ולדחי ל"ת, ומשני, גזרה ביאה ראשונה אטו ביאה שניה. וכל' בחי' הרשב"א (קידושין כא:) גבי הא דאמר רב בדין יפת תאר דשריא גם בביאה שניה, דהואיל ואשתרי אשתרי. וקשה לי דהא יבמה מן האירוסין דשריא לכ"ג מה"ת בביאה ראשונה, ואפ"ה בביאה שניה אסורה, ולא אמרינן כיון דאשתרי אשתרי. וי"ל דהתם לא שרי לה ניהליה קרא בהדיא אלא משום דאתי עשה ודחי ל"ת, ובביאה ראשונה דאיכא עשה שרי, שניה דליכא עשה אסורה, אבל יפ"ת דשריא ליה בהדיא לא חילק בה בין ביאה לביאה, ואמרינן הואיל ואשתרי אשתרי, ולא דמיא אלא לאשת אח דשריא בהדיא ולא אמרי' דביאה ראשונה מותרת ושניה אסורה. ע"כ. ולפ"ז לאבא שאול דהויא דחווה נימא דביאה שניה אסורה. זה אינו. דהא בכתובות (פב:) אמרינן, ומחזירה (ליבמתו אחר גירושה בגט), פשיטא, מהו דתימא מצוה דרמא רחמנא עליה עבדה, והשתא תיקום עליה באיסור אשת אח, קמ"ל. ואימא הכי נמי, אמר קרא ולקחה לו לאשה, כיון שלקחה נעשית כאשתו. ע"כ. וכל' ביבמות (לט) וא"כ ה"נ לאבא שאול אע"פ שאיסור אשת אח דחוי הוא לגבי מצות יבום מ"מ כיון שיבמה נעשית כאשתו. ודוקא בדיחוי פרטי, שיש ל"ת נגד העשה דיבום, אמרינן דביאה שניה אסורה. וע"ע בחי' הרשב"א (קדושין שם), דלשמואל דאסר יפת תאר בביאה שניה לא דמי לאשת אח דהתם מצוה רמיא עליה וליכא למימר דביאה ראשונה רמיא עליה למצוה ובביאה שניה אהדריה לאיסוריה, אבל יפת תאר לאו מצוה היא שלא דברה אלא כנגד יצה"ר. ע"ש. וע' בתוס' מנחות (מא) ובשו"ת עמק יהושע (דיני ציצית סי' א). ע"ש. ודו"ק. [וע' היטב בדברי הגאון ר' אלחנן וסרמן הי"ד בקובץ הערות סי' ל"ו. ודו"ק].

(ג) וראיתי להגאון ערוך לנר ביבמות (לט:) שכל, דהא דדרשי רבנן ואבא שאול מדכתיב יבמה יבא עליה, משום דקרא יתרה הוא דכתיב ולקחה לו לאשה ויבמה. ובע"כ הא דתנן לקמן ר"פ הבע"י דבין בשוגג בין במזיד קנה, אתיא כרבנן דאבא שאול דהא לאבא שאול בעינן שיכין לשם מצוה דוקא, ועוד דכיון דקאמר כאילו פוגע בערוה ע"כ ס"ל דאף בדיעבד לא קנה דאל"כ איך שייך לו' דהוי כפוגע בערוה. וא"כ מזה ראייה לשיטת הרי"ף והרמב"ם שפסקו דהלכה כרבנן, שלא יקשה עליהם ראיות ר"ת, דלדידהו נמי יש ראייה מסת"מ ומהגמ' בכ"מ שיבמה נקנית בביאת שוגג. ושו"ר בחי' ריטב"א (יבמות נג:) שהביא ב' שיטות בזה, דלחד שיטה סת"מ דפרק הבע"י כרבנן, ולחד שיטה

אתיא גם כאבא שאול, דמודה אבא שאול דמן התורה קנה ורק מדרבנן קאמר דהוי כפוגע בערוה. ועכ"פ י"ל שהרי"ף והרמב"ם ס"ל דאבא שאול מדאורייתא קאמר וסת"מ דלא כוותיה. ע"כ. ולכאנ"ל אכתי כיון דסת"מ דבכורות כאבא שאול הו"ל למיזל לחומרא, ככל סד"א לחומרא, וכמ"ש כיו"ב הרשב"א בחי' לברכות (ט), והר"ן (סוף פסחים), אלא דס"ל ככל הנהו אמוראי דסברי הבא על יבמתו בין בשוגג בין במזיד או באונס קנה, וכמ"ש בגמ' (יבמות נד), וכמ"ש הרמב"ן הנ"ל. וכרמי בר חמא דאמר חזרו לומר מצות יבום קודמת דס"ל כחכמים. ומ"מ מ"ש בדעת הרי"ף דס"ל דלאבא שאול הוי מן התורה כפוגע בערוה, ראיתי בשו"ת בנין עולם (חאו"ח סי' יח ד"כ ע"ב) שכו', דנ"ל דאבא שאול ורבנן פליגי אם מצות צריכות כונה או לא, דלאבא שאול מצות צריכות כונה, ולכן אם לא נתכוון למצוה הו"ל כפוגע בערוה וקרוב להיות הולד ממזר, אולם מכיון דהא דקי"ל מצות צ"כ אינו אלא מדרבנן, להכי קאמר כאילו פוגע בערוה, והיינו רק מדרבנן, וגם קרוב להיות הולד ממזר ולא הוי ממזר ודאי מה"ת, ורק אסמכיה אקרא דיבמה יבא עליה. ורבנן ס"ל דמצות א"צ כוונה אף מדרבנן וכו'. אלא דלפ"ז יש להק' על הרי"ף דבפ"ג דר"ה (כח) פסק כמ"ד מצות צריכות כונה וכאן פסק כרבנן דמצות יבום קודמת. ואחר העיון נראה דלק"מ, לפמשי"כ דלכ"ע מדאנ"ל מצות א"צ כוונה, ופולוגתא דאבא שאול ורבנן, דלרבנן לא שייך לאסור היבום משום שצריך כוונה מדרבנן, שא"כ לא תתקיים המצוה של יבום, דשמא מחמת תאוותו יכוין להנאתו ויהיה כפוגע בערוה, לכך לא החמירו בזה חכמים, ואמרו מצות יבום קודמת, כדי שיוכל להקים לאחיו שם, שהיא מצוה גדולה. ואבא שאול ס"ל שכיון שצריך כוונה מדרבנן כל שאינו עושה היבום לשם מצוה הוי כאילו פוגע בערוה מדרבנן, ולכן בטלו חכמים מצות יבום בשו"א"ת, כדאשכחן בכ"ד שעשו חכמים חיזוק לדבריהם ועקרו ד"ת בשו"א"ת. ולפ"ז א"ש ד' הרי"ף שפסק כרבנן דמצות יבום קודמת, אף דס"ל מצות צ"כ מדרבנן בכל המצות. ע"כ. ומבואר דס"ל בד' הרי"ף, דאבא שאול לא קאמר אלא מדרבנן. ולפ"ז אתי שפיר סת"מ דהבע"י אף לאבא שאול. (וק"ק על הבנין עולם שיושב ודורש כמשה מפי הגבורה בדעת אבא שאול ורבנן ולא זכר שר ממחלוקת הרמב"ן נגד הריטב"א והנמק"י בזה). והנה הערוך השלחן (סי' קסה אות ג והלאה), אחר שהביא דברי הנמק"י דמתני' דר"פ הבע"י אתי שפיר אף לאבא שאול דלא קאמר אלא מדרבנן ולכתחלה, אבל בדיעבד קנה. ורבנן ס"ל דאף לכתחלה כשמכוין לשם נוי לא הוי כפוגע בערוה. וכו' ע"ז, שמכל הראשונים לא משמע כן, ועוד שא"כ כיון דמן התורה היתר גמור הוא איך אמר אבא שאול שקרוב בעיניו להיות הולד ממזר, ואם כוונתו שקרוב להיות ממזר מדרבנן, למה עשו חכמים כן בדבר שהוא היתר גמור מן התורה. ומהתוספתא ג"כ מוכח להיפך, דבפ"ו סתם כאבא שאול, ודין הבא על יבמתו וכו' לא נמצא בתוספתא. וגם יש לבאר טעמו של אבא שאול שאין לומר דה"ט משום דמצות צריכות כוונה, שא"כ היאך פסקו הרי"ף והרמב"ם דלא כוותיה, הא אינהו ס"ל דמצות צ"כ וכו'. ועוד שבדבר שיש בו הנאה ס"ל להרמב"ם שא"צ כוונה, (וכמ"ש הר"ן ספ"ג דר"ה, וראה מדין המתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה). וכ"ש בהנאת ביאה. ולכן נ"ל דס"ל לאבא שאול דאפי' את"ל מצות א"צ כוונה, ביבום צריך שיתכוין לשם מצוה, וה"ט שכיון שאשת אח היא ערוה עליו והתורה התירתה לו, אם לא יתכוין לשום מצוה הוי כפוגע בערוה וכו', אבל כשמכוין לשם מצוה אף שמכוין גם להנאתו לן בה, ודמי לאוכל מצה בליל פסח לשם מצוה ומכוין גם להנאתו, וזהו שאמר אבא שאול הכונס יבמתו לשם נוי, כלומר רק לשם נוי ולא לשם מצוה. ורבנן דפליגי עליה ס"ל דאיסור אשת אח פקע לגמרי כשמת אחיו בלא בנים, ולגמרי הותרה לו, ולכן אפי' אם בעלמא מצות צ"כ, הכא גלי קרא יבמה יבא עליה מ"מ, דהיינו אפי' בא עליה רק לשם נוי שרי, דהוי כאוכל מצה בלא כוונה שיצא מפני שיש הנאה באכילתו וכו'. ומיהו גם אבא שאול מודה שאפי' בא עליה רק לשם נוי אע"פ שעשה עבירה מ"מ קנאה והרי היא כאשתו גמורה. ודמי להבא על יבמתו נדה שאף שעבר על איסור כרת קנאה (וכמ"ש הטוש"ע סי' קסד ס"ד). עכ"ת. וזה קרוב למ"ש הרמב"ם בתשו', דאבא שאול ס"ל שאיסור אשת אח דחוי הוא לגבי מצות יבום, ולא הותר לגמרי, לכך צריך לכוין לשם מצות יבום, ולרבנן איסור אשת אח הותר לגמרי במקום יבום. ומ"ש הערוך השלחן דלרבנן הכא גלי קרא להתירה אפי' כשמכוין לשם נוי, כן

כתב גם בשו"ת הרדב"ז ח"א (סי' תנז), שיבמתו הותרה לו לגמרי ואפי' יבמה לשם נוי או לשם ממון שרי, שגזרת הכתוב הוא יבמה יבא עליה מכל מקום, והתורה אסרה והתורה התירה. וזהו היתר הבא מכלל איסור, וסברא נמי איכא ויבא הטוב מכל מקום, ומעשה דיהודה עם תמר יוכיח, שהרי לא נתכוון למצוה כלל ויצאו מהם מלכי בית דוד והמשיח שיבא במהרה בימינו. ע"כ. ומיהו אי קשיא לי הא קשיא לי על מ"ש הרדב"ז בתשו' ח"א (סי' נו), שהנשבע שלא ליבם יבמתו חלה שבועתו מכמה טעמים, חדא דאפי' למ"ד שהלכה מצות יבום קודמת, הך קדימה לאו מדאורייתא היא, תדע שהרי חזרו לומר מצות חליצה קודמת, ואם הקדימה ביבום היא מן התורה לא היו חוזרים לומר דמח"ק = דמצות חליצה קודמת, וכיון שקדימה זו מדרבנן חיילא עליה שבועה וכו'. ומיהו י"ל דקדימה זו מן התורה, דכתיב ואם לא יחפוץ האיש וכו', וחזרו לומר מח"ק שיש בהם כח לעקור ד"ת בשו"א"ת. ומ"מ דעתי שקדימה זו היא מדרבנן, ולכן היו מטלטלים אותה כפי הזמן. ע"כ. ותמיהני דהא ביבמות (כ:) אהא דפרכין יבא עשה דיבום וידחה ל"ת דאלמנה לכ"ג, מתרץ רבא דשאני הכא דאפשר בחליצה, וכדאמר ריש לקיש, כל מקום שאתה מוצא עשה ולא תעשה אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב ואם לאו יבא עשה וידחה ל"ת. ופריך מדתניא ואם בעלו קנו, (אלמא דמדאו' רמיא קמיה למדחי לא תעשה), תיובתא. ומסקין לימא תהוי נמי תיובתא דריש לקיש, אמר לך ר"ל כי אמינא אנא היכא דמקיימי מצוה, הכא חליצה במקום יבום לאו מצוה היא. הא קמן דחליצה במקום יבום לא חשיבא מצוה כלל מן התורה. ולהכי קרינן ביה אי אפשר לקיים שניהם, ושפיר רמיא קמיה מה"ת, ומש"ה אם בעלו קנו. ומכאן סתירה למ"ש הרדב"ז דהך קדימה אינה אלא מדרבנן. וצע"ג. (וע' היטב בשו"ת הרדב"ז ח"ב סי' תרנה. ודו"ק). וע' בבית שמואל (סי' קעד סק"ג) שדעת הפוסקים שאפי' למ"ד מצות חליצה קודמת מודה דמדאורייתא מצות יבום קודמת לכ"ע, ושפיר דוחה ל"ת, ורק מדרבנן כשראו שמתכוונים שלא לשם מצוה אמרו מח"ק. ע"ש. ומכאן תשובה למ"ש הגנת ורדים (חאה"ע כלל ב ס"ס יג) להוכיח דמצות יבום קודמת, מהסוגיא דיבמות (כא) דחליצה במקום יבום לאו מצוה היא. ע"ש. והא כ"ע מודו בהכי, אלא שלאחר מכן כשראו חכמים שאין מתכוונים לשום מצוה, הפקיעו מצות יבום בשו"א"ת ואמרו מח"ק. וכמ"ש הב"ש הנ"ל. וצ"ע. וע' בשו"ת חלקת יואב (חאו"ח ס"ס לג) דפשיט"ל דאבא שאול דאמר דהוי כאילו פוגע בערוה, הוי רק מדרבנן. וכמ"ש הנמק"י. ע"ש. וכ"כ הגאון משאוול בשו"ת זכר יהוסף (חאו"ח ר"ס יט). וע"ע בחי' הזכר יהוסף ליבמות (לט:). ע"ש. ובשו"ת מהר"מ פדואה (ס"ס יז) משמע דס"ל דאבא שאול מדאו' קאמר. ע"ש. וכן מוכח באור זרוע (סי' תרלח) שכ' דהלכה כאבא שאול, דבשל תורה הלך אחר המחמיר, והביא ראיות ר"ת שהובאו בתוס' (יבמות לט:) הנ"ל. ע"ש.

(ד) ובעיקר הדין אם מצות יבום קודמת או מצות חליצה קודמת, שנחלקו בו הראשונים, הנה דעת רוב הראשונים שמצות יבום קודמת, ומהם: רב אחאי גאון בשאלתות (סי' קנד). וכ"כ בהגהות מיימוני (ריש הל' יבום) בשם השאלות. וכ"כ בשמו בשו"ת מהר"ם בר ברוך (סי' תתסו). ע"ש. וכן דעת הרי"ף בהלכות ב' החולץ (יבמות לט:) ובפ' אע"פ (כתובות סד). וכן דעת הרמב"ם (בפ"א מה' יבום ה"ב). וכ"כ בתשובה (סי' קע) ובפ' המשניות (ספ"ק דבכורות) ובס' המצות (מ"ע ריז). ע"ש. וכן דעת הראב"ד בשו"ת תמים דעים (סי' רלח דל"ה ע"ב). וכן נדפס בדפוס וילנא בהגהותיו על הרי"ף פ' אע"פ (סד). וכ"כ בשמו הרמב"ן בס' הזכות שם, ובחי' הרא"ה לכתובות (סד). וכן דעת הראב"ן (דף רמב ע"א). וכן דעת ראב"ה בתשובה שהובאה במרדכי (פ' החולץ סי' לא) ובהגמ"י שם. וכן פסק הריב"א הובא במרדכי שם. וכן דעת הרמ"ה, הביאו ר' ירוחם (נתיב כה ח"ג דף ריט רע"א). וכן דעת בעל העיטור (ערך כתובת יבמין דל"ז ע"ד). וכן דעת רבינו אברהם מן ההר ביבמות (לט:). וכן דעת הרמב"ן בחי' ליבמות (לט:). וכן כתב בשמו הריטב"א בחי' לכתובות (סד). וכן דעת הרא"ה בחי' לכתובות (סד). ובס' החינוך (ס"ס תקצט). וכן דעת הרשב"א בתשובה (ח"א סימן אלף וקס"ה, וח"ד סי' לו - לח). וכן פסק הרשב"א להדיא בחי' לכתובות (סד). וכ"כ בשמו הארחות חיים ח"ב (עמוד קע"ו). וכן דעת הריטב"א בחי' ליבמות (לט) סוף ד"ה איתמר. ובחי' לכתובות (סד). וע'

היטב בתשו' הריטב"א (סי' נז). וכן דעת רבינו ישעיה הא' בפסקיו ליבמות (לט:). וכן דעת המאירי (יבמות לט: עמוד קס"ח, וקט עמוד ת"ה). וכן דעת הר"ן בתשובה (סי' כב). והנימוקי יוסף כתובות (סד). וכן דעת הריב"ש בתשו' (סי' ר"ט ש"ב ותק"ט). ועוד ראשונים. וכן פסק מרן השלחן ערוך (סי' קסה). והרדב"ז בתשו' (ח"א סי' תנז, וח"ד סי' קח), וכ"כ גדולי האחרונים. ולעומתם דעת רש"י ביבמות (לט:) ור"ת בתוס' שם, דמצות חליצה קודמת. וכ"כ בס' התרומה (סי' קלג). וע"ע באור זרוע (סי' תרלח). ובסמ"ג (מ"ע נב). ובתשו' מהר"ם בר ברוך (סי' תתס"ו). וכן פסק הרא"ש בכתובות פ' אע"פ (סד). ועוד פוסקים. וע' בשו"ת רבינו יוסף אבן מיגאש (סי' קלט) שכל, שמגדולי הגאונים רב שרירא ורבינו האי פסקו כשמואל (כתובות סד) שאין כותבין אגרת מרד על שומרת יבם, וכמשנה אחרונה שאמרו מצות חליצה קודמת. ויש מהגאונים מי שפסק כר"נ שאמר חזרו לומר מצות יבום קודמת למצות חליצה. ואנחנו מכלל הסוברים לפסוק כשמואל דמצות חליצה קודמת. ע"כ. וכ"כ בתשו' הגאונים (חמדה גנוזה סי' קמב, ושערי צדק ח"ג שער א סי' לג) דמח"ק. ע"ש. ורש"י בפרדס הגדול (דפוס וארשא סי' ש"נ) כ', גאון אחד אמר שדין היבמה שאינה רוצה להתיבם כדין מורדת, (שמצות יבום קודמת), וי"א שאין דינה כמורדת (שמצות חליצה קודמת). ואני אכריע את דברי הראשון שהוא רבינו האי זצ"ל שפסק כדין מורדת, והכי סבירא לן, ומעשים בכל יום בכך. עכ"ל. (וכ"ה בס' הפרדס דפוס קושטא ד"כ ע"ד. ובדפוס בודפשט עמוד עז. ע"ש). וזה שלא כמו שפירש רש"י ביבמות (לט:) דקי"ל מח"ק. וכן זה סותר למ"ש מהר"י בן מיגאש בשם רב האי. (ותשו' רב שרירא גאון בתשו' הגאונים קדמונים סי' צא. ע"ש). ובתשו' רבינו שמואל בן עלי ראש ישיבת בבל, כתב, שבדבר זה נחלקו שתי הישיבות, שחכמי ישיבת נהרדעא פוסקים הלכה כמשנה אחרונה שמח"ק, וראיה מדשמואל (כתובות סד) שכותבים אגרת מרד על ארוסה, ואין כותבין אגרת מרד על שומרת יבם, דמח"ק, וקי"ל הלכה כשמואל בדיני. וחכמי ישיבת סורא אומרים, דאע"ג דקי"ל הלכתא כשמואל בדיני, ה"מ בזמן שלא פסקו חכמי הש"ס חילוף דבריו, אבל כאן הרי פסק התלמוד (ביבמות לט:) שחזרו לומר מצות יבום קודמת לחליצה ואע"פ שאינו מתכוין לשום מצוה דכתיב יבמה יבוא עליה מ"מ ועד עכשיו הדבר תלוי במנהג. ובנהרדעא ובפרוודעה נהגין כשמואל דמח"ק, ובסורא ובפרוודעה נהגים כמסקנא דשמעתין (ביבמות לט:), וכותבין אגרת מרד על יבמה הנמנעת מלהתיבם. ובכ"מ שאין מנהג יש לדון כחכמי סורא שפוסקים כמשנה ראשונה דמח"ק. ע"כ. (הובא באוצר הגאונים יבמות עמוד פ). [וראיתי בשו"ת מהרי"ל (סי' קפא) שכל, שמעתי שמהר"א עשה מעשה לחלוץ מן הסומא בדליכא אח אחר, ושכן כתב הראב"ד דשרי לכתחלה בדליכא יבם אחר. ולענין הלכה למעשה יש לדחות שאין ראייה מד' הראב"ד דדילמא סליק ליה דקי"ל כאבא שאול דמח"ק, כמ"ש רוב רבותינו, ולהכי חשיב ליה כדיעבד משום עיגונא, דליבם לא אפשר דלא אכשור דרי, וחשוב דררא דערוה, כמ"ש הר"ר אביגדור כ"ץ בתשובה, אבל לפ"ד יש מרבותינו שפסקו כרבנן דמח"ק = דמצות יבום קודמת = מנלן דחשיב דייעבד, דלהחמיר מיהא עבדין כוונתיהו שאין כופין לחלוץ וכו'. והואיל ופלוגתא דרבוותא היא מאן חשיב ומאן ספין להכריע וכו'. עכ"ל. וכ"כ בבית יוסף (סי' קסט ד"ק ע"ב). ותמיהני שהרי מבואר להדיא בד' הראב"ד בתמים דעים סי' רלח הנ"ל דס"ל כרבנן דמצות יבום קודמת. וכ"כ בשמו הרמב"ן והרא"ה. וכ"כ בשו"ת הריב"ש (סי' רט) בשם הראב"ד. וכ"ה בשו"ת הרדב"ז ח"ד (סי' קח). וממילא הראיה מדברי הראב"ד להתיר לסומא לחלוץ לכתחלה אימתני ותקיפא. והרה"ג מהר"א קריספין בס' בית אהרן (חאה"ע מע' ח אות ב דל"א ע"א) הביא דברי המרכבת המשנה אשכנזי שהקשה על הראב"ד שכיון דמצות יבום קודמת למה תחלוץ לסומא בדליכא אחר והלא אפשר ביבום. והשיג עליו מדברי הבית יוסף דס"ל להראב"ד דמצות חליצה קודמת והו"ל כדיעבד. ע"ש. ולפמש"כ אינו מן היישוב. (וע' בשו"ת דבר משה חאה"ע סי' פט). ואפשר דה"ט כמ"ש הראב"ד בתמים דעים שם שאפי' למשנה ראשונה דמצות יבום קודמת, מדרך הישר והטוב להתרחק מן היבום, ולכן אותו האיש שנפלה לו יבמה בחו"ל ושאל לר' חנינא מהו למיחת ליבומה, ואסר ליה, ואילו היתה מצוה מן המובחר בודאי שלא היה אוסר עליו, שהרי אפי' כהן מטמא בחו"ל ללמוד תורה ולישא אשה, א"ו שהיתה מצוה זו מרוחקת בעיניהם. [וע'

תוס' ע"ז יג ד"ה ללמוד תורה. ובדברי הרמב"ן בס' הזכות כתובות שם ודו"ק]. ע"כ. וצ"ע. וע' בס' אבודרהם בראש הספר, בתשובת רבינו יוסף בן פלט להראב"ד שם וז"ל: ואין מברכין על החליצה משום שמצוה הבאה בעבירה היא, דקא עבר על מ"ע דיבום. ע"ש. ומוכח ג"כ דס"ל דמצות יבום קודמת. ודע דמש"כ לעיל בשם הראב"ן דס"ל דמצות יבום קודמת, כעת ראיתי בהגמ"י ריש הל' יבום שם בשם להיפך דס"ל דמח"ק. וצ"ע]. ושוב מצאתי את שאהבה נפשי להגאון מהר"ח פלאג' בס' רוח חיים אה"ע (סי' קסה) שהאריך הרחיב למעניתו כי ה' הטובה עליו, ואסף איש טהור כל דברי הפוסקים ראשונים ואחרונים מערכה לקראת מערכה המיימינים והמשמאילים, אם מצות יבום קודמת, או מצות חליצה קודמת. והפליא עצה הגדיל תושיה ובכמה הערות זכיתי לכוין לדעתו הגדולה. ועוד הוסיף הערות והארות בענין זה כיעו"ש. ואסיפא דדינא העלה שלענין פסק הלכה העיקר כדעת רוב גדולי הפוסקים הרוא"ח = הראשונים ואחרונים, = שהם רוב מנין ורוב בנין, שפסקו כד' חכמים דמצות יבום קודמת. ואילו החולקים עליהם הם מיעוטא דמיעוטא ומתי מספר לעומת הפוסקים דסברי מרנן מצות יבום קודמת. ושכ"כ הרדב"ז ח"ד (סי' קח). עכת"ד. עש"ב. גם בשו"ת אשדות הפסגה (חאה"ע סי' יד) קיבץ מדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים בקיצור נמרץ, והעלה ג"כ להלכה כרוה"פ דמצות יבום קודמת. ע"ש. וע"ע בשו"ת רוב דגן ח"א (ה' יבום סי' א דל"ה ע"ב). ע"ש. וע' בשו"ת בני בנימין (סי' כא) ובשו"ת ישא איש (חאה"ע סי' כ) דנקטין כמ"ד מצות יבום קודמת. וכ"כ בשו"ת משה האיש (חאה"ע מסימן י"ח עד סי' כ). ע"ש. וכ"כ בשו"ת שערי רחמים פרנקו (חאה"ע סי' כז). ועוד אחרונים.

(ב) ובהיותי בזה ראיתי להגאון מהר"א ישראל בעל קול אליהו בספר ארעא דישראל (מע' י' אות ה) שם, שיש להוכיח כדברי הפוסקים הסוברים מצות יבום קודמת לחליצה, מסוגית הגמרא (יבמות כ) אהא דתנן אלמנה לכ"ג חולצת ולא מתייבמת, קא פסיק ותני אפי' אלמנה מן האירוסין, ואמאי ליתי עשה ולדחי ל"ת. ונודע מ"ש בכתובות (סד) דלמ"ד מצות חליצה קודמת אין כותבין אגרת מרד על שומרת יבם. ואמרינן בפ' אלו נערות (כתובות מ) גבי אונס שותה בעציצו שאם היתה מחייבי לאוין פטור. ופריך ליתי עשה ולדחי ל"ת, ומשני אי אמרה לא בעינא מי איתיה לעשה כלל. ע"ש. והשתא אם איתא דמח"ק ואי אמרה לא בעינא אין לה דין מורדת, מאי פריך גבי אלמנה לכ"ג ליתי עשה ולדחי ל"ת, הא אי אמרה לא בעינא ליתיה לעשה כלל, שאין לה ג"כ דין מורדת. א"ו דס"ל להש"ס כמ"ד דמצות יבום קודמת. ע"כ. ולפעד"נ שאין מכאן ראיה כלל ע"פ מ"ש התוס' בכתובות (מ) בד"ה אי אמרה לא בעינא, הקשה הרב ר' עזרא א"כ אמאי איצטרך קרא ביבמות (ה): שאין עשה דכיבוד אב דוחה שבת, והא אי אמר האב לא בעינא לכיבוד מי איתיה לעשה כלל. ונ"ל דהכא גבי דידה ליכא עשה דהא אי בעינא אמרה לא בעינא ליה, הילכך אין לה לעבור בלאו משום עשה דידה, שהיא מוזהרת כמותו, שהרי השוה הכתוב אשה לאיש כדאמרי' ביבמות (פד:). ע"כ. והנה מקושית הגמ' (יבמות כ) גבי אלמנה לכ"ג ליתי עשה ולדחי ל"ת, מוכח דמ"ע דיבום חל גם עליה, שאל"כ נאמר דמשום עשה דידה אין לה לעבור בלא תעשה, שהרי מבואר בתוס' יבמות (ה) ד"ה ואכתי, שגם בל"ת של אלמנה לכ"ג האשה עושה איסור כמו הכ"ג הבא עליה. ע"ש. וע' בתוס' גיטין (מא) וא"ת ליתי עשה דפ"ר ולדחי ל"ת דלא יהיה קדש. וי"ל משום דבדידה ליכא עשה דלא מפקדא דפ"ר, ועוד שאפשר לה בכיוצא בה. ע"ש. וכ"ה בתוס' ב"ב (יג) ע"ש. ובע"כ דהכא איכא עשה דיבום גם ביבמה. וא"כ לא דמי לאונס, דהתם בדידה ליכא לעשה כלל, וכמ"ש התוס' הנ"ל. וכן מצאתי כיו"ב להפני יהושע (כתובות מ), שם מכאן ק"ל לפרש"י (יבמות לט:) דיבמה דאמרה לא בעינא ליה ונותנת אמתלא לדבריה לא כפינן לה, (ומייתי נמי מפ' אע"פ (סד) שאין כותבין אגרת מרד על שומרת יבם), וא"כ הא דשקיל וטרי הש"ס בריש יבמות דליתי עשה דיבום ולדחי ל"ת שיש בו כרת, ואצטרך למילף מקרא, נימא אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל. וי"ל דשאני התם שאין ללמדה לעקור מצות יבום כיון שאין לה אמתלא ברורה. ועוד דבמצות יבום גם היא מוזהרת לקיים העשה משא"כ הכא דבדידה תליא מילתא דוקא וכו'. ע"ש. וע"ע בס' ההפלאה כתובות (כד:)

בפרש"י ד"ה דאיסור עשה כה תברכו, שג"כ כ' להוכיח שמ"ע דיבום שייר גם ביבמה, ואע"פ שבתורה אינו מפורש הציווי אלא עליו שנא' יבמה יבא עליה, מ"מ המצוה היא גם עליה. תדע, דביבמות (כ) פריך ליתי עשה ולדחי ל"ת, ואיך תעבור היא בל"ת אם אין העשה חל עליה, וכמ"ש התוס' (גיטין מא) ע"כ. ואמנם ראיתי להגאון מהר"ם בן חביב בתוספת יוהכ"פ (פז): גבי הא דאמר' גדולה תשובה שדוחה ל"ת שבתורה, והק' המפרשים, מאי רבותא דתשובה, הא בכל דוכתא עשה דחי ל"ת. ותי' בס' כסף נבחר בשם רבו ז"ל, דשאני הכא שישראל עושים המ"ע דתשובה, וכביכול הקב"ה עובר בל"ת דלא יוכל בעלה הראשון לשוב לקחתה. וכן תירץ המהר"ש אלגאזי בס' אהבת עולם (דף ע ע"ד). והקשה ע"ז מההיא דכתובות (מ) גבי אונס, דליתי עשה ולדחי ל"ת, והתם בדידה ליכא עשה. וביבמות (כ) גבי אלמנה לכ"ג פריך ליתי עשה ולדחי ל"ת, והתם אין העשה דיבום אלא על היבם, ואיך תעבור היבמה בלאו משום עשה ידידה, א"ו שכל מ"ע דרמיא על איש אחד ומוכרח לעשותה בחברת אחר דוחה ל"ת שבתורה אע"פ שלגבי האחר ליכא עשה. ע"ש. ובאמת דמההיא דכתובות (מ) לק"מ, שלפי תירוץ התוס' הנ"ל זהו עצמו תירוץ הגמ' אי אמרה לא בעינא מי איתיה לעשה כלל. וכן מההיא דיבמות (כ) לק"מ, דהאיכא למימר דקושטא דמילתא שיש מ"ע גם ביבמה. וכמ"ש הפני יהושע וההפלאה הנ"ל. (וע' בתוס' נדרים צ: בשם ה"ר אליעזר. ודו"ק). ודברי התוס' גיטין (מא) וב"ב (יג) סותרים דברי המהר"ם בן חביב הנ"ל. וכן מצאתי להגאון רעק"א בהגהותיו לספר תוספת יוהכ"פ הנ"ל שהעיר כדברינו ע"ד המהר"ם בן חביב. וכ"כ גם הגאון ר' יצחק אלחנן בשו"ת באר יצחק (חיו"ד סי' יט) בד"ה ויש לדחות, בהגה, להשיג ע"ד המהר"ם בן חביב, והוכיח ג"כ מהתוס' (יבמות ה) ד"ה ואכתי, שיש מ"ע דיבום גם ליבמה. ע"ש. אולם לא אכחד כי מצאתי תנאי דמסייעי למהר"ם בן חביב, דליכא מ"ע דיבום לגבי היבמה, שכ"כ רבינו יוסף בן פלט, בתשובה להר"א אב"ד, הובאה בראש ס' אבודרהם (דף ח רע"ד) וז"ל: ואין מברכין על מ"ע דחליצה משום דמצוה הבאה בעבירה היא, דקעבר על מ"ע דיבום. (וחליצה במקום יבום לא מצוה היא יבמות כא). וכן אין האשה מברכת לא על החליצה ולא על היבום, משום דלא מפקדא אפריה ורביה, וכיון שאינה במצות יבום אינה במצות חליצה, וכדאמר ר' יוסי (יבמות מב) כל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה, אלמא דחליצה ויבום איתקשו להדדי. עכ"ל. ומוכח להדיא שאין מ"ע דיבום על היבמה. (ונראה דס"ל כמ"ש הטור סי' קס"ו בשם בעל העיטור, שהיבם מברך על ביאת יבמה. וכ"פ הרמ"א בהגה ס"ס קסו. וכ"ה בשו"ת שבות יעקב ח"ג (סי' קלו). ע"ש. וע' היטב בשו"ת הרשב"א ח"א (סי' יח) ובמיוחסות (סי' קפט). ודו"ק). גם בס' החינוך (ס"ס תקצח) כ', שנוהגת מצות יבום בכל זמן בזכרים. ע"ש. מכלל שאין היבמה מצווה ע"ז. וכן הוכיח במישור מרן החיד"א בברכי יוסף יו"ד (סי' שמא סק"ו). ע"ש. וכ"כ בשו"ת מהרש"ם ח"א (ס"ס לד). ע"ש. וראיתי בשו"ת מקום שמואל (סי' פז) שהביא להקשות על התוס' (גיטין מא) הנ"ל דהיכא דליכא עשה בדידה לא דחי ל"ת, מההיא דכתובות (מ) גבי אונס, דפריך ליתי עשה ולדחי ל"ת. וכ' דלק"מ, שי"ל עפ"ד התוס' כתובות שם בתירוץ קושית ה"ר עזרא דה"נ יכולה לומר לא בעינא כדי שלא לעבור בלאו, וגבי דידה ליכא עשה. ומה שהקשה הרה"ג השואל מההיא דיבמות (כ) גבי אלמנה לכ"ג, ליתי עשה ולדחי ל"ת, י"ל דנהי דלגבי היבמה ליכא עשה דיבום, מ"מ היא אגידא ביה ביבם לחלוץ או ליבם, ואינה יכולה לומר לא בעינא לא בחליצה ולא ביבום וכופין אותה ליבם למ"ד מצות יבום קודמת, או לחלוץ למ"ד מח"ק, ובשניהם איכא מ"ע, מש"ה אף דליתיה לעשה לגבי היבמה, מ"מ אינה נופלת תחת סוג זה וכו'. ע"ש. (וע"ע בס' בני חיי בסוף הספר בחי' לגיטין מא ודו"ק). ובשו"ת חסד לאברהם תאומים (מה"ת חאה"ע סי' פ) הקשה ג"כ לשיטת החינוך והאבודרהם הנ"ל דליכא מ"ע ביבמה, מאי פריך ביבמות (כ) ליתי עשה ולדחי ל"ת, הא בדידה ליכא עשה, וכמ"ש כיו"ב התוס' ב"ב (יג). וע"ש מ"ש בזה. גם בשו"ת חיי אריה (סי' ס) הביא שעמד בזה מר זקנו הגאון ז"ל בשו"ת בר ליואי (חאה"ע סי' סט) ע"ד האבודרהם הנ"ל. וע"ש. וע"ע בזה בשו"ת תועפות ראם (חאה"ע סי' פד). ובשו"ת אורי וישעי (סי' לג). ע"ש. (ובשו"ת אורי וישעי שם כ' שמתשו' הרשב"א הנ"ל מוכח דשייך גם באשה). וע"ע להגר"י אלחנן בשו"ת עין יצחק (בפתח השער סי' יט) דנקיט דליכא מ"ע ביבמה,

ובכל זאת שפיר פריך (ביבמות כ) ליתי עשה ולדחי ל"ת, שאף במקום שהמ"ע היא רק לאחד, יכול לעבור השני בל"ת כדי שהאחר יוכל לקיים המ"ע, דעדל"ת. (וכמ"ש מהר"ם בן חביב הנ"ל). ע"ש. גם הלום מצאתי בשו"ת חקרי לב (חאה"ע סי' סד) שהביא ד' המהר"ם בן חביב, ותפס עליו מהתוס' גיטין (מא) דהיכא דבדידה ליכא עשה לא אמרי' עדל"ת. וכל שנראה דהאי מ"ע דיבום לא דמי לשאר מ"ע, דהא עיקר מצות יבום דחיא כרת דאשת אח אע"ג דבדידה ליכא עשה, א"כ כ"ש בחייבי לאוין. ועש"ב. וע' בהגהות מצפה איתן (שבועות ל:). ע"ש. והרה"ג מהר"י בן נאים בשו"ת זרע יעקב (בקונט' ישועות יעקב ד"מ רע"ב), הקשה לפמ"ש הרמב"ם בפ"א מה' יבום, שאם לא רצתה להתיבם ה"ז חולץ. וכל ה"ה שרבינו לשיטתו דס"ל אשה שאמרה מאיס עלי כופין אותו להוציא, וה"ה ביבמה. (וכ"כ בשו"ת יכין ובוועז ח"א סי' קכד). א"כ מאי פריך ביבמות (כ) ליתי עשה ולדחי ל"ת, והא אי אמרה לא בעינא ליתיה לעשה כלל. ויש לחלק. ע"כ. וע"ע בשו"ת חיי אריה, (סי' ס) שג"כ עמד בקושיא זו. וע"ש. ולפמ"ש"כ לעיל לק"מ. וע' בשו"ת נחלת בנימין (חאו"ח סי' יד). ובדרשותי כתבתי עוד בזה ע"ד המהר"ם בן חביב והאחרונים. ואכמ"ל יותר. ובעיקר קו' מהר"א ישראל הנ"ל, נראה עוד ליישב לפמ"ש התוס' כתובות (מ) ליישב קושית ה"ר עזרא, וי"ל דהתם מיד כשצוה האב הוי עשה לעשות מצותו. ע"כ. ופירשו בכוונתם, דגבי אונס כשאמרה לא בעינא הרי מחלה לו ואינה יכולה לחזור בה ולבקש ממנו לכונסה. אבל במצות כיבוד אב אפי' אמר לא בעינא, מיד כשחזר וצוה לכבדו יש מ"ע לכבדו. וע' בתולדות זאב בחי' לכתובות שם. ובשו"ת מחנה חיים ח"ג מאו"ח (סי' נב). ובשו"ת יד אליהו רגולר (חיו"ד סי' מ). וה"נ גבי מצות יבום, אפי' אמרה לא בעינא אם חזרה והסכימה להתיבם חזר חיובו ליבם. וע"ע בזה בשו"ת ברית אברהם (חאה"ע סי' נד אות ו והלאה). ע"ש. שו"ר בתוס' רי"ד (כתובות מ) שכתב, אי אמרה לא בעינא וכו', פירש"י, והשתא נמי מלמדן אותה לומר איני רוצה. וקשה לי דא"כ גבי יבם אמאי אמרינן (ביבמות כ) ליתי עשה ולדחי ל"ת, הא כיון דכתיב ואם לא יחפוץ האיש וכו', נלמדנו לומר איני רוצה ליבם ולא לדחי ל"ת. לפיכך נ"ל לפרש דהכא מ"ש גבי אונס ולו תהיה לאשה אינו אלא להפיס דעתה, ואי אמרה לא בעינא ליתיה לעשה כלל, הילכך לאו כלום האי עשה למדחי ל"ת, כיון שלא ציוהו הבורא אלא להפיס דעתה, אבל מצות יבום רחמנא הוא דרמי חיובא עליה, ואע"ג דאמרה יבמה לא בעינא לא מעיקרא מצות יבום, דמצוה דרמי רחמנא עליה הוא ולהכי דחיא ל"ת. ואע"ג דמצי יבם למימר לא בעינא ליבומי אלא למיחלץ, הא אמרי' (ביבמות כא) דחליצה במקום יבום לאו מצוה היא. עכ"ל. ודו"ק. +/הוספות ומילואים/ בקושית הגאון מהר"א ישראל בס' ארעא דישראל, מיבמות (כ) דפרכין ליתי עשה ולדחי ל"ת, ואם איתא דמצות חליצה קודמת, ולפ"ז אין כותבין אגרת מרד על שומרת יבם כמ"ש בכתובות (סד), א"כ מאי קושיא, הא אי אמרה לא בעינא ליתיה לעשה כלל. וכדאמרינן בכתובות (מ). א"ו דמצות יבום קודמת. והארנו בפנים לדחות ראיתו. ובאמת דבלא"ה מעיקרא לק"מ, דמדינא דאורייתא פשיטא שעיקר המצוה ביבום. (וכדאמרינן ביבמות כא חליצה במקום יבום לאו מצוה היא). והמשנה דיבמות (כ) דתנן, אלמנה לכ"ג וכו' חולצת ולא מתיבמת, היא הלכה פסוקה בכל זמן, והרי בראשונה היו מתכוונים לשום מצוה, ואף לאבא שאול היה מצוה ליבם, וכמבואר (בבכורות יג, ויבמות לט:), ורק לאחר מכן שלא היו מתכוונים לשום מצוה אמרו דחליצה קודמת. (וכ"כ בשו"ת התשב"ץ ח"א סי' ק). וקושית הגמ' על עיקר ההלכה דאמאי אלמנה לכ"ג לעולם חולצת ולא מתיבמת, ליתי עשה ולדחי ל"ת. - ובכלל יש מקום להעיר לפמ"ש רש"י (סנהדרין יט:) דמלך אין חולצין לאשתו, משום שאסורה להנשא מוכח שאין מצות חליצה מצוה גמורה בעצם, אלא כהכשר מצוה להפקעת זיקתה שתוכל להנשא, שאל"כ מה בכך שהיא אסורה להנשא, תחלוץ לקיים המצוה. וכ"כ החכם צבי סי' א. וכן העיר מזה בחי' הרש"ש שם. וע"ע בד' החת"ס ח"ב (סי' פה), הובא בפתחי תשובה (סי' קסד סק"ז), שאין מצות חליצה אלא כעין גמ"ח לנשמת המת, כמו הדלקת שמן זית לע"נ. ואינה מצוה בעצם. ע"ש. וכ"כ בשו"ת יד הלוי (חאה"ע סי' נז). ע"ש. אבל בתשו' מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג סי' תצב) כ' להדיא שהיא מ"ע על היבם ליבם או לחלוץ, וכופין אותו כשאר מ"ע וכו'. וכ"כ מרן הב"י (סי' קסה) בשם מצאתי כתוב. וכן העלה הגאון הנצי"ב

בהעמק שאלה פר' כי תצא (ר"ס קנד) עש"ב. וע"ע בשו"ת חיים ושלום ח"א (סי' לח). ובשו"ת עונג יו"ט (סי' קעו). ובפני יהושע גיטין (סה:). ובברכי יוסף יו"ד (סי' שמא סק"ו) ובשו"ת עין יצחק ח"ב (חאה"ע סי' סב). ובשו"ת עמק יהושע (סי' כג). ואכמ"ל. - ובענין מה שהארכתי בפנים אות ה' אם יש מ"ע דיבום גם על היבמה, והבאתי מ"ש העין יצחק בפתיחה, יש להוסיף ולציין עוד לד' הגר"י אלחנן בשו"ת עין יצחק ח"ב (חאה"ע סי' סב) שהאריך בזה. ועוד כתבנו בזה בדרשה לשבת תשובה. - ומש"כ בסוף אות ג' להקשות על מ"ש הרדב"ז בתשובה דהא דמצות יבום קודמת היינו רק מדרבנן. כן יש להק' גם ממ"ש התשב"ץ בתשו' (ר"ס ק), שהנשבע לחלוץ ולא ליבם אין שבועה חלה עליו, שמסיני הוא מצווה ליבם וכו'. ואפי' לד' החולקים, ה"ט משום דבדידיה תלי רחמנא אי בעי חולץ אי בעי מיבם. וכמ"ש בב"י יו"ד (סי' רלט) בשם הרא"ש בתשו'. ובב"י סי' קסה בשם הריטב"א (וכ"ה בשו"ת הריטב"א סי' קעח). וע"ע בשו"ת הריב"ש (סי' קנט). וע' ה"ט בתשו' הרשב"א ח"ד (סי' ר"פ). ודו"ק. ומש"כ בדבר המחלוקת של הרמב"ן נגד הריטב"א והנמק"י בהא דס"ל לאבא שאול דמח"ק משום החשש שמא כונס לשום נוי או לשם ממון, אי הוי איסור מה"ת בכה"ג או רק מדרבנן. הנה עתה ראיתי בס' אלפסי זוטא להרמ"ע מפאנו (יבמות לט: דס"ל כהרמב"ן שפסק כרבנן, משום דהכי רווחא שמעתתא בר"פ הבע"י. כיעו"ש. (ושם הוסיף שמכאן ראיה ברורה דמצות א"צ כוונה. והרב המו"ל העיר שזהו חידוש גדול לתלות מחלוקת אבא שאול ורבנן בדין אם מצ"כ. וכבר הבאתי באות ג' דברי הבנין עולם שתלה ד"ז במחלוקת הנ"ל. וע"ע בערוך השלחן אה"ע סי' קסה). וע' בשו"ת עבודת השם (חאה"ע סי' מד דף ר"ג ע"א) דפשיט"ל כל בתר איפכא, דהחששא של אבא שאול היא רק מדרבנן. וכד' הריטב"א ונמק"י. ובעיקר הדין במצות יבום בזה"ז, יש להעיר ממ"ש הגאון רצ"ה חיות בהגהותיו ליבמות (כב) אהא דתנן מי שיש לו בן מכל מקום (אפי' ממזר) פוטר את אשתו מן החליצה ומן היבום, שמעתי בשם הגאון מהר"ץ אב"ד ברלין, שמטע"ז ביטלו היום מצות יבום, ואע"פ שהלכה דחליצה במקום יבום לאו מצוה היא, בכל זאת בזמן האחרון דלא איכשר דרא יש לחוש שמא יש לו בן מ"מ, ונמצא שזה פוגע באשת אחיו שלא במקום מצוה. וטעם זה אמת וראוי לפרסמו. ע"כ. ולפע"ד אין לנו צורך לחדש טעמים שלא נזכרו בדברי חז"ל, והרי הדבר מבואר בגמ' שחששו שמא מתכוין שלא לשם מצוה אלא לשום נוי או ממון. ואין להאריך. - ובמש"כ בפנים באות ח בענין הכונס אשה לשום ממון, והעירוני בד' השבות יעקב בזה, יש לציין למה שהאריך בזה הגר"ז שפראן בתשו' ח"ב (סי' לו). - ומש"כ בפנים אות ז' בדברי הנתיבות חו"מ (סי' צז), יש לציין לדברי הנחל יצחק חו"מ שם, שהאריך בזה בטוטו"ד. וע"ע בשו"ת זית רענן ח"ב (דף קמו ע"ב). ע"ש. ואכמ"ל. +

(ו) ניהדר אנפין לנ"ד, שכבר ביארנו שרוב הראשונים פוסקים שמצות יבום קודמת לחליצה כרבנן דאבא שאול. ומהם: השאלות, והרי"ף, והרמב"ם, והראב"ד, ורשב"ם, וריב"א, והראב"ן, והעיטור, ורבינו ישעיה הא', ורבינו אברהם מן ההר, והרמ"ה, והמאירי, והרמב"ן, והרשב"א, והרא"ה, והריטב"א, והריב"ש, והר"ן, והנימוקי יוסף, וכתב הרדב"ז בתשובה ח"ד (סי' קח), שכן פסק רבינו יונה, ושכן דעת כל חכמי ספרד ושכן המנהג בקטלונא ובפרובינצא. ע"ש. והמרדכי (פ' החולץ סי' לא) כ' שכן דעת רבני שפירא וגרמיזא ומגנצא. ע"ש. ובתשו' הרדב"ז שם הוסיף שכן דעת רבינו אפרים והר"ז ורבינו יהונתן ועוד. ע"ש. וכן פסק מרן השלחן ערוך (בסי' קסה). והנה גם הרבה מגדולי האחרונים הסכימו להלכה דמצות יבום קודמת. ומהם: רבינו עובדיה מברטנורא (בספ"ק דבכורות). ובתשו' מהרל"ח (סי' לו). ובשו"ת מהר"י בי רב (סי' סא). שו"ת מהר"ם אלשקר (סי' עט). ושו"ת המבי"ט ח"ב (סי' מא). ושו"ת יכין ובועז ח"א (סי' קנד) וח"ב (סי' נג). שו"ת הרדב"ז (ח"א סי' שט ותנז, וח"ד סי' קח). ושו"ת אהלי יעקב למהריק"ש (סי' כא). ושו"ת דברי ריבות (סי' יג). ע"ש. וע' בשו"ת משפטי שמואל (סי' נז) שכ', שהרא"ם בשתי תשובות העלה דמצות יבום קודמת. ושאף הגאון מהר"י טיטאצק שהיה מורה בתחלה כהפ"ו דמח"ק, שוב חזר בו מפני שראה שרבו כמו רבו גדולי הראשונים שמפיהם אנו חיים ומימיהם אנו שותים שפסקו דמצות יבום קודמת

ולכן כשמת בנו בלי בנים צוה לאחיו וייבם לזקוקתו. ולכן אף שאני הורתי בתחלה דמח"ק, ונדפסה הוראתי בשו"ת בנימין זאב, זהו מפני שאז לא הגיעו לידי תשובות הריב"ש, וכעת שראיתי שהפליג בכמה פוסקים להוכיח בראיות עצומות שמצות יבום קודמת, אני סומך על הוראתו להלכה ולמעשה. ע"ש. וע"ע בכנה"ג (סי' קסה הגה"ט אות ג). ובס' רוח חיים (סי' קסה). ובשו"ת בית דינו של שלמה (חאה"ע סי' א). ע"ש. ומעתה הדבר ברור שהתקנה שהסכימו בה חברי ונשיאי הרבנות הראשית לישראל, אין לה כל תוקף לדין הספרדים ועדות המזרח שקיבלנו הוראות הפוסקים ומרן הש"ע דמצות יבום קודמת. ואין לומר שהואיל ודעת כמה פוסקים לפסוק כאבא שאול שהכונס את יבמתו לשום נוי או לשום ממון הרי זה כאילו פוגע בערוה וקרוב להיות הולד ממזר, וגם מרן הש"ע אחר שכתב בסתם שמצות יבום קודמת, הביא אח"כ סברת וי"א שמח"ק, והרי כ' המהרי"ט אלגאזי בשו"ת שמחת יום טוב (סי' יא דמ"ד ע"ג), שבענין איסור ערוה החמורה בגיטין וקידושין ויבום וחליצה אנו נוהגים לתפוס כל החומרות של דעת כל הפוסקים אפי' נגד דעת מרן, ורק להקל אין אנו יכולים לפסוק היפך דעת מרן. ע"ש. וכ"כ עוד בתשובתו שהובאה בשו"ת ברך משה (ס"ס לד). וכ"כ עוד בספרו שו"ת קדושת יום טוב (סי' ט). ע"ש. וכן הסכים הגאון מהר"י טאייב בתשובה שהובאה בס' משכנות הרועים (דף רצה ע"א). ובספרו ערך השלחן אה"ע (סי' מב סק"ב וסי' מג סק"א). וכן הסכימו הרבה אחרונים, ומהם הגר"ח פלאג'י בשו"ת חיים ושלום (ח"א סי' כב וח"ב סי' קי). והגר"ח בשו"ת רב פעלים (ח"א חאה"ע סי' י, וח"ד סי' יב). ובשו"ת זבחי צדק ח"ב (חאה"ע סי' ג). ובשו"ת שער אשר (חאה"ע סי' כט) ובשו"ת פני יצחק אבולעפייא (ח"א סי' יג). ועוד. וא"כ ה"נ דאיכא דררא דערוה דאיסור אשת אח, וכמ"ש בתשו' מהרי"ל (סי' קפא), יש לנו להחמיר שלא ליבם בזמן הזה שאין מתכוונים לשם מצוה. הנה כל זה אינו, שעד כאן לא חששנו להחמיר באיסור ערוה נגד דעת מרן, אלא במקום שאין מנהג ידוע, אבל בנ"ד שנתפשט המנהג אצל הספרדים ועדות המזרח ליבם כד' מרן שקבלנו הוראותיו לית לן בה. וכמבואר בתשו' מרן הב"י לאה"ע (דיני יבום סי' ב), שבכל גלילותינו תופסים להלכה שמצות יבום קודמת, וכדברי הרמב"ם שהוא מרא דאתרא. וכ"כ בשו"ת הרדב"ז ח"ד (סי' קח), שמנהג כל ספרד וקטלונא ופרובינצא וכל המערב וארץ הצבי ודמשק ותוגרמא ומלכות מצרים וכל הגלילות אשר שמענו שמעם נוהגים במצות יבום להקים שם המת על נחלתו. ועוד שגם בכל אשכנז נהגו במצות יבום כמ"ש רבינו פרץ, וכן המנהג במגנצא ושפירא וגרמיזא, חוץ ממקצת מקומות שנהגו כמ"ד מח"ק. עכת"ד. (ומכאן תשובה למ"ש בנוסח התקנה של הרבנות הראשית לישראל שברוב קהילות ישראל נהגו כמ"ד מח"ק. וזה אינו). וכ"כ בשו"ת דברי ריבות (סי' יג) שכן המנהג פשוט בשאלוניקי עיר גדולה של חכמים ושל סופרים, ומעשים בכל יום שמייבמין ואין פוצה פה ומצפצף ע"ש. ופשיטא שאין אחר המנהג כלום, וכמ"ש בשו"ת משפטי שמואל (סי' נז). ע"ש. וע' בשו"ת חקרי לב מהדורא בתרא (חחו"מ סי' ד דק"פ ע"ד) שכ' ע"ד השמחת יו"ט הנ"ל, שנ"ל שבאיסור ערוה אם רואה המורה שרוב הפוסקים בחכמה ובמנין אוסרים נגד ד' מרן יש בידו להחמיר, הלא"ה אין להחמיר. ע"ש. וכ"ה בשו"ת חיים לעולם ח"ב (חאה"ע סי' מדפ"ט י"ב). ע"ש. ובשו"ת כסא שלמה לניאדו (סי' ז) כ' שאנו קבלנו הוראות מרן אפי' באיסור ערוה. ע"ש. וכ"ש כאן שרוב הפוסקים ס"ל דמצות יבום קודמת, והחומרא בזה באה לידי קולא, ונדע שגם רבותינו המקובלים שיבחו מאד מצות יבום, וכמ"ש בזוהר חדש רות, ובס' הריקאנטי (פר' וישב). וכ"כ בשו"ת הרדב"ז ח"ד (סי' קח) שע"פ הקבלה ג"כ עיקר המצוה היא ביבום, וחשב מחשבות לבלתי ידח ממנו נדח, והחליצה תקנה גרועה היא שנא' חלץ מהם. ע"ש. ובהלכות גדולות הביא מאמר חז"ל, א"ל הקב"ה למשה אמור אל היבם שלא ירצה ליבם, רעוע בגופך מאנת לקיים המצוה לפיכך תחלוץ מנעלך כאבל וכמנודה, ובטפה שבגופך יכולת להקים זרע לאחרך לפיכך וירקה בפניו, והדיינים עונים חלוץ הנעל ג' פעמים, חלוץ הנעל כמנודה וכאבל וכמורד במצות סיני. (והובא כ"ז באבן העזר בפירוש סדר חליצה סי' קסט סעיף פב). ופוק חזי מ"ש להלכה בשו"ת גנת ורדים (חאה"ע כלל ב סי' יג) בד"ה אני, שאסף כל דברי רבותינו הראשונים וגדולי האחרונים הנ"ל, וסיים, ואחרי הודיע אלהים אותנו את כל זאת, שדעת רוב ככל גדולי הפוסקים

רוא"ח שמצות יבום קודמת, מי זה ערב אל לבו להורות לעשות מעשה כנגדם, ואע"פ שיש
 מרבתינו שפסקו דמח"ק, הדבר פשוט שנחשבים מיעוטא דמיעוטא בערך הפוסקים הרבים
 והעצומים שפסקו מי"ק, ואשר יבא להורות דמח"ק לא מחכמה הוא מורה ולא מיראת הוראה
 שרוצה להחמיר, אלא אדרבה מזלזל הוא בכבוד רבתינו הגאונים הנ"ל ומבטל מ"ש התורה אחרי
 רבים להטות, וגם מבטל מצות יבום, ותחשב לו לקשיות עורף ולמרד. ע"ש. ולכן לפע"ד לא צדקו
 בזה הראש"ל הגרב"צ עוזיאל וחכמי הספרדים שעמו שנתנו ידם להסכמה זאת לבטל לגמרי מצות
 יבום, נגד דעת כל רבתינו אשר מפייהם אנו חיים ומימיהם אנו שותים. והרי אמרו (ביבמות כא)
 חליצה במקום יבום לאו מצוה היא. וראיתי בשו"ת משפטי עוזיאל (חאה"ע סי' פג) שכל, ואפילו
 שהשואלים הם בארץ ישראל שהוא אתרא דמרן ז"ל, מ"מ הואיל וישנם בתי דינים קבועים לקהלות
 האשכנזים שנוהגים כהוראות הרמ"א, מסתברא שחל עליהם מנהג פסק הרמ"א דמח"ק, ואם
 שניהם רוצים ביבום אין מניחים אותם ליבם. והואיל ולכל הדעות לא הותרה היבמה לאבא שאול,
 ולא נצטוו היבם ליבם לדעת רבנן, אלא כשמכוין לשם מצוה, ובלא זה נשארה היבמה באיסור כרת
 של אשת אח, אם גם נלמד שישנו לכך, לכן אני אומר שמוטב לנו להמנע מלהזדקק לסידור יבום
 אפי' במקום ששניהם רוצים ביבום אלא אדרבה מצוה עלינו ליעצם שיחדלו מזה כפסק הרמ"א ז"ל.
 ע"כ. (וע"ע במשפטי עוזיאל מה"ת חאה"ע סי' קיט). ומבין ריסי עיני ניכר שדעתו לפסוק כן גם
 לספרדים, וסופו הוכיח על תחלתו שנצטרף לחתום על ההסכמה לבטל מצות יבום לגמרי. ואין
 דבריו מחוורים כלל, ואעיקרא מ"ש שגם לד' רבנן לא נצטוו היבם ליבם אלא כשמכוין לשם מצוה,
 זה אינו נכון, דהא רבנן דרשי יבמה יבא עליה מכל מקום, וז"ל המאירי (ביבמות /יבמות/ לט): זה
 שביארנו שמצות יבום קודמת, לא סוף דבר שמכוין ביבום לשם מצוה, אלא אפי' נתכוון בה לשם נוי
 או לשם ממון שנא' יבמה יבא עליה מ"מ. ע"כ. ואף שבודאי מדרבנן אין לו לעשות כן, לכיון לשם נוי
 בלבד, ועליו לכיון לשם מצוה, מ"מ מצוה מה"ת מיהא קעביד ביבום בכל גווני. ואף חכמים לא
 העמידו דבריהם במקום מצות יבום. (ומ"ש במשפטי עוזיאל שם דלאבא שאול פוגע באיסור אשת
 אח דאורייתא ובניה ממזרים, אשתמטיתה דברי הריטב"א והנמק"י בר"פ הבע"י דאבא שאול
 מדרבנן קאמר, ודוקא לכתחלה. וכ"כ הרבה אחרונים. כנ"ל). והנה גם במקומות שיש בתי דין
 קבועים של אשכנזים כיון שארץ ישראל אתרא דהרמב"ם ומרן אין לנו לזוז מדבריהם ימין ושמאל,
 שהרי בכל עיני איסור והיתר אנו נוהגים בא"י כהוראות מרן, ושלא כמנהג אשכנז המיוסד עפ"ד
 הרמ"א, ולא שייך בזה לא תתגודדו, וכמ"ש מרן בשו"ת אבקת רוכל (ס' לב), שהואיל וכל קהל נוהג
 כמנהגו הראשון הו"ל כשתי בתי דינים בעיר אחת, וקי"ל כרבא (ביבמות יד) דבכה"ג אין בזה משום
 לא תתגודדו, ועוד שכל קהל וקהל כעיר בפני עצמו שאין בני קהל אחד יכולים לכפות לבני קהל
 אחר. וכ"כ מהר"ר דוד כהן בתשובותיו. עכ"ד. וכ"כ בשו"ת פנים מאירות ח"ב (סי' קלג) לגבי
 האשכנזים והספרדים, שכל קהל נוהג כמנהג אבותיו שאין בזה משום לא תתגודדו, וכל אחד ואחד
 מבני הקהלות יחזיקו במנהג אבותיהם בין להקל בין להחמיר, ואפי' באיסור דאורייתא, ואין הרוב
 מעלה ומוריד לענין זה, שהם ממש כשני בתי דינים בעיר אחת דליכא בהו משום לא תתגודדו. ע"כ.
 וכ"כ הגנת ורדים (חיו"ד כלל ג סי' ט). ועוד אחרונים, וכן ראיתי הלום בשו"ת דברי מלכאל ח"ה (סי'
 ק) שכל קהלות שיש שם ספרדים ואשכנזים יש להורות לספרדים כמנהגם שפוסקים כדברי
 הבית יוסף אף נגד הרמ"א, ולאשכנזים כמנהגם שפוסקים כד' הרמ"א. (וע"ע בדברי מלכאל ח"ה
 סי' רמט). ע"ש. (וע' במשפטי עוזיאל חחו"מ דרכ"ה ע"ב). וגם בענין זה צא ולמד מ"ש השואל
 ומשיב תליתאה (ח"א סי' ריח), בדבר איש ספרדי שישב בקהל אשכנז, ויבם אשת אחיו שמת בלא
 בנים, ותהום כל העיר, ורעשה עליו כל המדינה, והשיב, לא ידעתי מה כל החרדה הזאת, מאחר
 שהוא ספרדי ונוהג כמנהגם ונתכוון למצות יבום, ובפרט שכבר עשה מעשה, וח"ו לחשוב מחשבת
 און ולהוציא לעז על זה. וכן העלה בשו"ת הבית יוסף שהעיקר הוא מצות יבום, והוא הולך בשיטת
 הספרדים שפוסקים כד' הרי"ף והרמב"ם שמצות יבום קודמת לחליצה. ועכ"פ פשוט שאין בזה בית
 מיחוש, והקולות יחדלון. עכ"ד. ומה שכתבו חברי ונשיאי הרבנות הראשית לישראל בהסכמתם

הנ"ל: ומשום דרכי שלום ואחדות במדינת ישראל שלא תהיה התורה כשתי תורות לכן גוזרים לאסור לגמרי מצות יבום, וחייבים לחלוץ דוקא, במחכ"ת הפריזו על המדה בזה, ואין דבריהם נכונים כלל, שהרי מעשים בכל יום בכמה הוראות בדיני שחיטה וטרפות ושאר ענייני איסור והיתר, וכן בהלכות שבת וטהרת המשפחה, כל קהלה נוהגת כמנהג רבותיהם, הספרדים כדעת מרן המחבר הש"ע, והאשכנזים יוצאים ביד רמ"א, וכן נוהגים בחילוקי הנוסחאות, והמבטא בתפלה ובקריאת התורה. ובצורת הכתב של ס"ת תפלין ומזוזות, וכיו"ב, ולא חששנו מעולם שע"י כך תהיה התורה כשתי תורות, מכיון שהדבר ידוע שכל אחד יש לו על מה שיסמוך שנוהג מנהג אבותיו, ואלו ואלו דברי אלהים חיים. וכ"כ הגרא"י קוק באגרות ראה (ס"ת תרי"א), להזהיר שלא לקנות בשר כשר מאיטליזי הספרדים, מפני חלוקי ההוראות והמנהגים שבין חכמי ספרד לרבני אשכנז, ושאין זה דבר חדש, שכשם שבכל מקום בחו"ל שהספרדים והאשכנזים דרים יחדיו, מחולקים האיטליזים שלהם מפני זה, והוא הדין כאן באה"ק. וכן היה נוהג פעה"ק ירושלים ת"ו. אלא שכעת באו יחידים ובקשו לפרוץ גדרות עולם הללו, לכן הוכרחתי לעמוד כנגדם. ואין בזה דבר ח"ו נגד אחדות האומה ונגד דרכי שלום, כי הכל יודעים שכל אחד חייב להזהר ולנהוג כמנהג אבותיו, משום אל תטוש תורת אמך. ע"כ. ומכאן ג"כ תשובה לדברי ההסכמה הנ"ל. [וראה בס' הצבי ישראל בקונט' משואה לדור עמוד פ"ו, שכל' בשיבה אחת של מועצת הרבנות הראשית לישראל דנו בענין השחיטה ובדיקות בבית המטבחים בא"י, והציע הראש"ל הגרב"צ עוזיאל ז"ל, מתוך רוב אהבתו לאחדות האומה, והסרת מחיצות ההבדלים שבין העדות, לוותר על השחיטה הספרדית, ולאחד את השחיטות בירושלים, והסכים שגם הספרדים יקבלו עליהם מנהגי האשכנזים, ברם הגרב"צ פראנק ז"ל התנגד לכך בתוקף, ואמר: אף אם הרבנים יסכימו לביטול שחיטתם, אקום אני ואארגן שחיטה ספרדית בירושלים, לפי שלדעתנו על כל עדה להמשיך לנהוג כמסורת אבותיה, ובמנהגיהם המקובלים מדורי דורות. ע"כ. וכנראה שגם בענין ההסכמה של איסור היבום לספרדים, נמשך הגרב"צ עוזיאל לשיטתו, מאהבתו לאחדות האומה, וגדולה אהבה שמקלקלת השורה. ובאמת שחלילה לבטל פסקי רבותינו מרי דאתרא גדולי רבני ספרד בשביל הדמיון לאחדות האומה, ובשל רבים מאן מחיל ומאן שביק, וה' הטוב יכפר בעד].

(ז) ועוד ידי נטויה בס"ד לחזק היתר היבום בזה"ז לדידן, כי הנה יש לחקור לדעת אבא שאול (ולהפוסקים כמוהו דמח"ק), איך הדין בכונס את יבמתו לשם נוי וגם לשם מצוה, אם נאמר שבזה מודה לחכמים דשפיר דמי, ורק במתכוין לשם נוי בלבד הוא שאמר שהרי זה כאילו פוגע בערוה וקרוב הולד להיות ממזר, משא"כ במתכוין לשם נוי ולשם מצוה כאחת לית לן בה, או דילמא כיון שיש תערובת כוונה פסולה, אסור. ולכאורה עלה במחשבה לפני להעיר מדברי הר"ן (ס"פ י"ג דשבת), שהביא מ"ש הרשב"א ע"פ הירוש', שמותר לנעול ביתו בשבת כשהצבי בתוכו, כשהוא צריך לשמור ביתו, אע"פ שע"י כך ניצוד הצבי ממילא, ובלבד שלא יתכוין לשמור הצבי בלבד. דה"ג בירוש' (פי"ג ה"ו) ר' יוסי בשם ר' חנינא היה צבי רץ כדרכו ונתכוון לנעול בעדו ונעל בעדו ובעד הצבי מותר, ראה תינוק מבעבע בנהר ונתכוון להעלותו ולהעלות נחיל של דגים עמו מותר וכו'. וכ' ע"ז הר"ן, ודבריו תמוהים בעיני הרבה, דאטו מפני שהוא צריך לנעול ביתו נתיר לו לעשות מלאכה בשבת, ולא עוד אלא שאני אומר שאפי' אינו מתכוין לנעול בעד הצבי, כל שידוע שהצבי בתוכו ושא"א שלא יהיה הצבי ניצוד בתוכו אסור, דמודה ר"ש בפסיק רישיה ולא ימות, וההיא דירוש' מיירי שלא נתכוון לצבי כלל אלא נתכוון לנעול ביתו בלבד, אע"פ שאחר כך מצא הצבי שמור בתוכו מותר, כלומר שאינו חייב לפתוח ביתו. וסמכו לזה דין תינוק המבעבע בנהר, לא שיהיו דומים זל"ז ממש, לפי שבענין פקוח נפש אפי' מתכוין למלאכת הרשות עם מלאכת פקוח נפש מותר, וכיו"ב אמרו בגמ' דידן ביומא (פד:), והטעם מפני שהיא מלאכת מצוה וחובה היא עליו לפיכך אע"פ שהוא מתכוין עם אותה מלאכה למלאכה/למלאכה אחרת שהיא אסורה בשבת התירו חכמים כדי שלא ימנע בשום ענין מפקוח נפש המוטלת חובה עליו אבל במלאכת הרשות ח"ו להתיר. ע"ש. ולפ"ז לא

מבעיא להרשב"א שיש להתיר בזה, אלא אפי' להר"ן כיון שעושה מצוה ביבום, אף שמתכוין גם לנוי, שפיר דמי. (שהרי הפקוח נפש בשבת, דחוי' היא ולא הותרה, כמ"ש הר"ן (רפ"ב דביצה), וכמו היבום לאבא שאול). ואין לומר דדוקא בפקוח נפש התירו שתהיה מלאכה האסורה עמו, ולא במצוה אחרת, שהרי הר"ן סיים בלשונו דבמלאכת הרשות ח"ו להתיר, הא במצוה שהיא חובה עליו שפיר דמי. (והכא עדיפא שאין כאן אלא מעשה אחד של הביאה, ורק בכוונה יש תערובת של מצוה ונוי, אבל התם במעשה הצידה ישנה תוספת של מלאכת הרשות, שהצבי והדגים ניצודים יחד עם נעילת הבית והעלאת התינוק). ולפ"ז הא דאמרינן, עכשיו שאין מתכוונים לשם מצוה אמרו מצות חליצה קודמת, היינו שאין מתכוונים לשם מצוה כלל, אלא לשם נוי ולשם ממון בלבד. וכ"כ הערוך השלחן (סי' קסה סעיף ח) שאף אבא שאול דאמר הכונס יבמתו לשם נוי ולשם ממון ה"ז כפוגע בערוה וכו', וכן להפוסקים כאבא שאול דס"ל דמח"ק, אין החשש שלהם אלא דשמה לא יכונו לשם מצוה כלל, אבל אם היו מכוונים לשם מצוה אף אם יתכונו גם להנאת עצמם לית לן בה. ולכן גם בזה"ז אם שניהם רוצים ביבום, אפי' ידענו שכוונתו גם לשם נוי, אם מלמדים אותו שיכוין לשם מצוה היה נראה להתיר להם. וכ"ש אם נאמר כד' הנמק"י שמן התורה אין חשש בזה כלל. עכ"ד. ושור' בהגהות פורת יוסף (יבמות לט:), שכ', ואם כוונתו לשם מצוה ולשם נוי, לכאול' משמע שאסור מדאמרי' עכשיו שאין מתכוונים לשום מצוה, ואטו ס"ד שיתכונו שלא לשם מצוה. אבל צ"ע כי למה לא נקראת מצוה אם מתכוין לשניהם. עי' הר"ן פ' האורג. וע' ב"מ (ל:), לצרכו ולצרכה מאי. עכ"ד. והנה מה שציין להר"ן פ' האורג, נראה כוונתו להוכיח מד' הר"ן הנ"ל כמש"כ להקל. אבל מ"ש לציין להיהא דב"מ לצרכו ולצרכה, דהויא איבעיא דלא איפשיטא, (וכתב הרא"ש שם סי' כ דכיון דלא איפשיטא אזלינן לחומרא. וכ"פ הטוש"ע חו"מ סי' רס"ז סעיף ח). לאו שמה מתיא, שהרי כ' התוס' שם ד"ה לצרכו, דדוקא בשטיחת כסות מבעיא ליה דשמה יניחנה שטוחה יותר מכדי צרכה ותתקלקל, אבל בספרים אמרינן שקורא בהן אע"פ שצרכו הוא כמו צרכה, ולא גזרינן, משום דליכא למיחש למידי. וכן בכלי נחושת משתמש בהן בחמין ובכלי כסף משתמש בהן בצונן כיון שע"י אותו תשמיש אינו יכול לבוא לידי קלקול. ע"ש. וכ"כ הרא"ש שם. וא"כ פשוט שאין משם ראייה להחמיר לנ"ד. וגם להתיר אין ראייה, דשאני התם דלצרכה מותר גמור הוא, אבל כאן לאבא שאול דחוי הוא איסור אשת אח לגבי מצות יבום, ולא הותר לגמרי, וכמ"ש הרמב"ם בתשו' (סי' קע). וא"כ כשמתכוין גם לשם נוי י"ל שאסור. וע' בנתיבות המשפט ח"מ (סי' צו ס"ו) על מ"ש מרן הש"ע שם, אם בא למשכנו שלא בשעת הלואתו לא ימשכנו הוא בעצמו, שאם ימשכנו בעצמו עובר בלאו, אלא ב"ד שולחים וכו'. וכ' הנתיבות, ונ"ל דבעיסקא שהיא פלגא מלוה ופלגא פקדון, דבעד פקדון ודאי שמותר לתפוס משכון וכו', רשאי לתפוס חפץ השוה כנגד הכל, ואף אם אפשר לו לתפוס חפץ קטן בשיווי הפקדון בלבד, מותר לתפוס חפץ גדול ששוה גם כנגד המלוה. וראיה מב"מ (ל) לצרכו ולצרכה מהו, ת"ש כנסה לרבקה ודשה כשרה בשביל שתניק ותדוש פסולה, ומשני שאני התם דכתיב אשר לא עובד בה מ"מ. הרי מוכח שבמקום שאין גזרת הכתוב מותר כשמתכוין לדבר המותר עם דבר האסור. ע"כ. ולכאול' תמוה שהרי לדינא קי"ל דלצרכו ולצרכה אסור. ובע"כ שכוונתו כמש"כ לעיל דשאני התם שיש חשש פן תתקלקל ע"י שישטחנה יותר מדי. ושור' בס' אמרי בינה (בדיני שבת ס"ס יז) שהביא דברי הנתיבות, וכ', ובע"כ שכוונתו היא דאף דאנן פסקינן בח"מ סי' רסז לצרכו ולצרכה אסור, התם ה"ט משום שמה ישכחנה ותגב, וכמ"ש הסמ"ע (שם ס"ק כא). עכ"ד. וכ"כ הגרי"ח בס' בן איש חיל ח"א (בקונט' שני אליהו די"ט ע"א). ע"ש. והנה הגרי"ח שם, וכן בשו"ת רב פעלים ח"ד (חח"מ סי' א) שפך סוללה ע"ד הנתיבות, והשיג עליו מד' הר"ן (ס"פ יג דשבת) הנ"ל, דלא שרינן במלאכת הרשות כנעילת ביתו מלאכת איסור כצידת צבי, ואפי' להרשב"א י"ל דהתם אין היכר שמתכוין לצידת הצבי אלא לשמור ביתו, אבל כאן שמניח החפץ הקטן וממשכן החפץ הגדול יש לאסור וכו'. ע"ש. ואינו מוכרח חילוקו בד' הרשב"א. ובאמת שבהגהות עתים לבינה על ס' העתים (עמוד רכ"ו) סייע ד' הנתיבות מד' הרשב"א (ס"פ האורג). ע"ש. ול"ז מד' הר"ן. ויש לפלפל ולסלסל בדברי הגרי"ח הנ"ל. ומצאתי לידידי הרה"ג ר' מאיר ועקנין בשו"ת ויאמר מאיר (סי' כ)

שעמד וימודד ארש טובה ורחבה ע"ד הגר"ח בבן איש חיל הנ"ל עש"ב. ובעיקר ד' הנתיבות ראיתי מכבר להגאון בעל משנה ברורה בס' אהבת חסד (דף יד ע"א) שדחה מהלכה ד' הנתיבות ופסק לאיסור. וע"ע בשו"ת חלקת יואב (חאו"ח ר"ס כה) שג"כ דחה ד' הנתיבות. וי"ל ע"ד. ואכמ"ל.

(ח) ועינא דשפיר חזי בשו"ת שבות יעקב ח"ג (סי' קלה) שכו', דאף אבא שאול לא קאמר שהכונס יבמתו לשם נוי ה"ז כאילו פוגע בערוה וקרוב להיות הולד ממזר, אלא היכא דאין כוונתו אלא לשם נוי או לשם ממון, אבל אם כוונתו גם לשם מצוה וגם לשם נוי או ממון אין קפידא בזה. וכן מוכח ממ"ש ביבמות (קט) תני בר קפרא לעולם ידבק אדם בג' דברים, בחליצה ובהבאת שלום ובהפרת נדרים. וקאמר, בחליצה כאבא שאול וכו', ויתרחק מג' דברים מן המיאון והפקדונות והערבונות. ולא קאמר שיתרחק מן היבום, ש"מ דליכא איסורא רק חששא בעלמא, ומשום שישראל בחזקת כשרים הם עומדים, ואפי' מכוונים לשם נוי מ"מ מכוונים גם לשם מצוה, ומתוך שלא לשמה בא לשמה. ומה שאמר אבא שאול קרוב בעיני להיות הולד ממזר, לא שיהא בשביל זה חשש איסור ח"ו, אלא הוא רק חששא רחוקה. וכיו"ב אמרו: הנושא אשה לשם ממון הויין לו בנים שאינם מהוגנים, שנא' בה' בגדו כי בנים זרים ילדו עתה יאכלם חדש את חלקיהם וקשה א"כ אתה מוציא לעז על יוסף ובנימין, שהרי יעקב אבינו נשא את רחל משום שהיתה יפת תאר ויפת מראה, וכן כל העולם כולו נכשלים בזה, שנושאים נשים הנושאות חן בעיניהם. א"ו דבשיתוף כוונה אין קפידא, ומכוונים גם לשם מצוה. ובזה ניחא מ"ש הפוסקים שאם באו מתחלה לחלוץ לא חיישינן שתהיה דעתם לנוי, ויש להתיר להם יבום, וקשה דנימא דאערומי קא מערים, א"ו שלא נחשדו ישראל על כך ומהיות טוב אל תקרא רע ובודאי יכונו גם לשם מצוה. עכת"ד. (והנה מה שהקשה על יעקב אבינו מהנושא אשה לשם ממון וכו', מבואר בפירוש רש"י (קידושין ע) דהתם מיירי בנושא אשה הפסולה לו, וכדמייתי מקרא דכתיב בה' בגדו כי בנים זרים ילדו, והאי דקאמר הנושא לשם ממון, משום דמסיים קרא עתה יאכלם חדש את חלקיהם, כלומר ממון שנשאה לשמו יאכלם בחדש אחד. ע"כ. וכ"כ בשו"ת הריב"ש (סי' טו), שאין קפידא בנושא אשה לשם ממון, ומ"ש כל הנושא לשם ממון הויין לו בנים שאינם מהוגנים, זהו רק באשה הפסולה לו, כדמייתי עלה קרא בה' בגדו כי בנים זרים ילדו. וכן פרש"י ז"ל. ע"כ. הן אמת שמרן הב"י אה"ע (ס"ס 10) הביא מ"ש הארחות חיים (ח"ב עמוד עב) בשם הראב"ד, נהגו שלא ליתן אדם לבתו ממון גדול, ומי שמקפיד ומתקוטט בעבור נכסי אשתו אינו מצליח ואין זיווגם עולה יפה וכו', כי הממון שאדם לוקח עם אשתו אינו ממון של יושר. וראוי לאדם שלא יעגן עצמו ולא בת זוגו מפני ממון רב שהממון ההוא לא יצליח מפני העיגון ומפני הרהורי עבירה. ורבים נכשלים בעבירות כשאין ממון מהירים לישא אשה, ועליהם נאמר כל הנושא אשה לשם ממון ולא לשם שמים, עשה יעשה לו כנפים. ע"ש. נראה שזהו דוקא כשמעגן עצמו או את בת זוגו בשביל הממון ומפני הרהורי עבירה, הלא"ה אין בזה קפידא כלל. וכן מתבאר בד' הרמ"א בהגה (סי' ב ס"א) ובחלקת מחוקק ובית שמואל שם. וכן בנושא לשם נוי אין בזה קפידא כשאין מעגן עצמו. וכמ"ש ביבמות (לט:) אליבא דאבא שאול, שמתחלה (לפני שתנשא לאחיו) רצה לשם נוי כונסה רצה לשם אישות כונסה. ע"ש. ודו"ק). הנה מצאנו תנא דמסייע ליה להערוך השלחן שאף לאבא שאול אם כונסה לשם נוי וגם לשם מצוה שפיר דמי, ולא הקפיד אלא כשכונסה לשם נוי או ממון בלבד. וראיתי בשו"ת דברי מלכאל ח"ה (סי' קכב) שהביא מ"ש הערוך השלחן הנ"ל, והקשה עליו מדתנן (זבחים יג) הפסח והחטאת ששחטן שלא לשמן, או לשמן ושלא לשמן, או שלא לשמן ולשמן פסולים. כיצד לשמן ושלא לשמן לשם פסח ולשם שלמים וכו'. וה"נ כשכונס לשם מצוה ולשם נוי לא מהני לאבא שאול. ע"ש. וכן הקשה הגר"י ענגיל בגליוני הש"ס (יבמות לט:) על השבות יעקב הנ"ל. ע"ש. אולם י"ל ע"פ מ"ש בזבחים (ג) חטאת ששחטה לשם עולה פסולה, לשם חולין כשרה, אלמא מינה מחריב בה דלאו מינה לאו מחריב בה. ע"ש. וכו' הר"ן בהלכות סוף ר"ה (לג:), ד"ה ותמיהני, דה"נ לגבי מצות, שאפי' למ"ד מצות א"צ כוונה והתוקע לשיר יצא, י"ל דהיינו דוקא תוקע לשיר שהוא חול ואין כוונתו בו כוונה של כלום, לפיכך אינה מעכבת מלחול מצוה באותה תקיעה. אבל המכין בתקיעתו

למצוה אחרת כמתעסק שמכוין למצוה לחנך את התינוקות אין תקיעתו עולה למצוה אחרת של תקיעת שופר, דדמי למ"ש בזבחים (ג) מינה מחריב בה דלאו בת מינה לא מחריב בה. ע"כ. וא"כ הכונס יבמתו לשם נוי וגם לשם מצוה, אין הכוונה לשם נוי מעכבת חלות מצות יבום כיון שמתכוין גם למצות יבום, ודוקא לשם נוי בלבד הוי כאילו פוגע בערוה, שאיסור אשת אח הוא רק דחוי לענין מצות יבום, אבל כשמכוין גם לשם מצוה שפיר דמי. (ובזבחים ג פריך ממתני' כל הגט שנכתב שלא לשם אשה פסול, ואפי' לשם עובדת כוכבים נמי פסול, אלמא דלאו בת מינה נמי מחריב בה, ומשני התם דל עובדת כוכבים הו"ל סתמא, וסתמא בגירושין פסול, הכא דל חולין הו"ל סתמא וסתמא בקדשים כשרים. ע"כ. וה"נ אף לאבא שאול סתמא ביבום כשר, ורק במכוין בפירוש לשם נוי אסור, וכמו שהאר"י בשו"ת נודע ביהודה קמא (חאה"ע סי' נד), דמש"ה חרש בר יבום הוא כדתנן בפ' חרש, אע"פ שאין בו דעת, וכן קטן בן ט' לפרש"י (קדושין יט), ולהרמב"ן הובא בה"ה (פ"ה מה' יבום הי"ח), ביאתו ביבמה קונה מה"ת, אע"פ שאינו בר דעת. אלמא דסתמא ביבום לכ"ע כשר. דליכא למימר סתם מתני' דפ' חדש /חרש/ כרבנן דוקא, דא"כ תקשי לר"ת (בתוס' יבמות לט:) שהוכיח מסת"מ דריש יבמות דס"ל כאבא שאול, שמכאן ראייה שהלכה כאבא שאול וכו'. עש"ב) וע"ע בטורי אבן (ר"ה לג) בד"ה והמתעסק, שהביא דברי הר"ן הנ"ל, ודחה דשאני חטאת ששחטה לשם עולה, שא"א שתהיה גם חטאת וגם עולה, אבל המתעסק למצות חינוך ומכוין גם לשמיעת קול שופר לצאת י"ח, הרי אפשר לשתי המצות להיות כאחת ואין זה סותר כמו חטאת ששחטה לשם עולה וכו'. ע"ש. וה"נ הכונס יבמתו לשם נוי וגם לשם מצוה, שאין זה נחשב כסותר זא"ז. סוף דבר דליכא תיובתא מההיא דזבחים למ"ש השבו"י וערוה"ש הנ"ל. (וע' בהעמק שאלה פרשת צו סי' עו אות ב. ודו"ק). גם הלום מצאתי להגרי"ח בספרו בן איש חיל בקונט' שני אליהו (ד"כ ע"ב) שכל' שהעושה מצוה שיש בה הנאת הגוף כאכילת מצה בליל פסח ועונג שבת ומצות עונה, ומכוין לשם מצוה וגם להנאת גופו חשיב שפיר כמצוה מן המובחר, כדמוכח בהוריות (י:) א"ר יוחנן מ"ד כי ישרים דרכי ה' צדיקים ילכו בהם ופושעים יכשלו בהם, משל לשני בני אדם שצלו פסחיהם אחד אכלו לשם מצוה עליו נאמר צדיקים ילכו בהם, ואחד אכלו לשם אכילה גסה (פרש"י, לא נתכוון לשם מצוה אלא לשם קינוח סעודה). עליו נאמר ופושעים יכשלו בהם, א"ל ר"ל רשע קרית ליה, נהי דלא עביד מצוה מן המובחר פסח מיהא קאכיל. ומבואר שאפי' לא נתכוון לשם מצוה יצא י"ח, (וכמ"ש הרמב"ם פ"ו מה' חמץ ומצה ה"ג, וכפי שהסביר הר"ן ספ"ג דר"ה (כח:) שבדבר של הנאה א"צ כוונה, דדמי למ"ש (סנהד' סב:) המתעסק בחלבים ובעריות חייב שכן נהנה. וה"נ כיון שנהנה באכילתו יצא י"ח) וא"כ כשמכוין לשם מצוה וגם להנאת גופו חשיב נמי מצוה מן המובחר, ורק לא הוי מובחר גמור משופרי שופרי. ע"כ. ויש להעיר ע"ז מד' התוס' (פסחים קז:) דגרסי פסח מיהא קא עביד, ופי' התוס' שאין לו לקרותו רשע כיון שקיים מצות שחיטת הפסח אע"פ שלא קיים מצות אכילה דאכילת פסחים לא מעכבא. ע"ש. לפ"ז אין ראייה מהגמ' הנ"ל. (ועמ"ש"כ בספרי חזון עובדיה ח"א סי' יז. ע"ש). עוד כתב בבן איש חיל שם, אך יש להסתפק לאבא שאול שהכונס יבמתו לשם נוי דהוי כאילו פוגע בערוה וכו', שאפשר לומר שגם אבא שאול לא אמר כן אלא במכוין לשם נוי בלבד, ואינו מכוין לשם מצוה כלל, אבל אם מתכוין לשניהם לית לן בה. ונ"ל לפשוט ספק זה ממ"ש בשבת (קלג), ימול בשר ערלתו, בשר, אע"פ שיש שם בהרת ימול. ופריך ל"ל קרא, הא דבר שאינו מתכוין מותר, אמר אביי הא מני ר' יהודה דאמר דבר שאינו מתכוין אסור, רבא אמר הכא אפי' ר"ש מודה דהו"ל פ"ר ולא ימות. ולאביי האי בשר מאי עביד ליה, באומר לקוץ בהרתו קא מכוין וכו'. נמצא שאע"פ שמתכוין לשתים למצות מילה וגם להטהר מהבהרת חשיב מצות עשה גמורה, ודחי האי עשה דמילה לל"ת דצרעת. וה"נ ביבום כשמכוין לשם מצוה וגם לשם נוי חשיב שפיר מקיים מצות יבום לאבא שאול, ורק כשאינו מתכוין לשם מצוה כלל אלא לשם נוי בלבד, ובלא זה לא היה מיבם כלל, הוי כאילו פוגע בערוה. ע"כ. ולכא' יש לדחות דשאני התם גבי מילה דאיכא קרא יתרה דכתיב בשר, ומהתם ליכא למילף דשאני מילה שנכרתו עליה י"ג בריתות (יבמות ה:). וצ"ע. ועכ"פ תסגי לן דעת הגאון מהרי"ח דס"ל דדוקא במתכוין לשם נוי בלבד איכא איסורא לאבא שאול, אבל במתכוין

לשם מצוה וגם לשם נוי ליכא קפידא. וע' פסחים (ח סע"א) שמא תאבד לו מחט ואתי לעיוני בתרה, ופריך, וכה"ג לאו מצוה היא (פרש"י, כה"ג שמתכוין למצות בדיקת חמץ וגם לצרכו לאו שליח מצוה הוא, בתמיה) והתניא האומר סלע זו לצדקה ע"מ שיחיה בני ה"ז צדיק גמור. ע"ש. וכן העיר מזה בגליוני הש"ס הנ"ל. וי"ל. וגם הלום מצאתי בשו"ת מהרש"ם ח"ב (סי' קט) שהביא דברי השבות יעקב שבמתכוין לשניהם למצוה ולנוי שפיר דמי אף לאבא שאול ע"ש. וא"כ העצה היעוצה ללמד את היבם והיבמה שהם ספרדים כשרוצים לקיים מצות יבום, שיכוונו לשם מצות יבום, וחזקה שיעשו כן. וכמ"ש השבות יעקב הנ"ל. (וע' בשו"ת ישא איש חאה"ע סי' כ. ודו"ק).

(ט) סוף דבר הכל נשמע שלפע"ד נראה ברור שלגבי דין דנקטינן בשפולי גלימיה דמרן ז"ל, וכל קדושים שעמו, רוב מנין ורוב בנין מגדולי הפוסקים אשר מפייהם אנו חיים, מצות יבום קודמת לחליצה גם בזמן הזה, ואין כל תוקף להסכמת נשיאי וחברי הרבנות הראשית לישראל שגזרו אומר לבטל לגמרי מצות יבום, גם מהספרדים ועדות המזרח, ואין להם כל סמכות לכך. וע' בשו"ת משפט וצדקה ביעקב ח"ב (סי' כ) שכ', שאחר שנתפשטו חיבורי מרן הבית יוסף והשלחן ערוך בכל תפוצות ישראל, דבריו וסברתו, שוב אין לנו אלא סברת מרן ז"ל, ואפילו נגד אלף פוסקים. ע"ש. גם בשו"ת חיים ביד (סי' קח) כתב, גלוי וידוע בכל העולם כי חכמי ספרד וצרפת קיימו וקבלו עליהם ועל זרעם לפסוק הדין בכל מקום כדברי מרן רבינו יוסף קארו ז"ל, ואפילו יחלוקו עליו כל האחרונים. ועל כן יאמרו המושלים: לכו אל יוסף אשר יאמר לכם תעשו. ע"ש. ובשו"ת רב פעלים ח"ב (חיו"ד סי' ז) כ', שאפילו מאה אחרונים חולקים על פסק מרן השלחן ערוך, ומקילים נגד סברתו, אין שומעים להם, ואפילו בהפסד מרובה, כי אנו מחוייבים ללכת אחרי הוראות מרן מכח הקבלה שקבלנו עלינו ועל זרעינו. ע"ש. וע"ע בשו"ת הלכות קטנות ח"א (סי' קפב). ובשו"ת ימי יוסף ידיד ח"א (חאו"ח ס"ס ג), ובשו"ת ישא איש (חאה"ע ר"ס ב). ע"ש. ודעת לנבון נקל שחלילה לסמוך על מה שגזרו בהסכמה הנ"ל שאם יסרב היבם לחלוץ על הבית דין לפסוק עליו מזונות ליבמה עד שיחלוץ, שהדבר ברור שאם ירצה היבם ליבם, ואין כל מניעה מצד ההלכה, הצדק עמו, וחלילה להוציא ממנו ממון שלא כדין. (ויש מקום לדון גם על החליצה, אם נעשית מתוך לחץ פסק - דין כזה, כאשר עיני המעיין תחזינה מישרים בבית יוסף אה"ע (סי' קלד) בשם הרשב"ץ. וע"ע בפתחי תשובה (שם ס"ק יא) ובשאר אחרונים. ואכמ"ל). והרי אפי' לפי מנהג אשכנז שפוסקים כהרמ"א דמצות חליצה קודמת בזה"ז, כ' בשו"ת הב"ח (ס"ס עח), שאם שניהם רוצים ביבום ואינם באים לבית דין אלא הולכים מעצמם ומתקרבין זל"ז, אין כח בדינו להפרישם לא מצד הדין ולא מצד התקנה, כי מעולם לא מצאנו לקדמונים שגזרו שלא ליבם, אלא שאין אנו נוהגים ביבום מחשש שמא יכוין היבם לשם נוי או לשם ממון, אבל לא מצאנו תקנה על זה כלל וכו'. ע"ש. וכ"ה בשו"ת דברי מלכיא ח"ה (ס' קכב). ובשו"ת מהרש"ם ח"ב (סי' קט). ע"ש. ולדידן אורו"י מורין להו לכתחלה ליבם, אלא שיש להסביר להם גודל המצוה וערכה, שיתכוונו לשם מצות יבום, ותסגי להו בהכי, שאפילו אם יתכוונו גם לשם נוי או גם לשם ממון אין להקפיד על כך, וכמ"ש השבות יעקב והערוך השלחן והגרי"ח בבן איש חיל הנ"ל. וכ"ש אם יש רגלים לדבר שהיבם מכוין לשם מצוה, שבדאי שראוי מאד שבית הדין יעודדו אותם לקיים מצוה רבה זו. ולכן גם בנ"ד יש לבית - הדין להשפיע על היבמה להסכים לבקשת היבם ולהתיבם כדי להקים שם המת על נחלתו. ולמוכחים ינעם ועליהם תבא ברכת טוב. והש"ת /והשי"ת/ יאיר עינינו בתורתו הקדושה אמן. עובדיה יוסף ס"ט

** נא לשמור על קדושת הגליון / מתוך מאגר פרוייקט השו"ת - אונ' בר-אילן**