

## בענין יבום וחליצה בזמן הזה

### א. אי מצות חליצה קודמת למצות יבום בזה"ז

בעזה"י מקרים של חליצה מועטים היום, אבל לפעמים בתי דין מסדרין חליצות גם בזה"ז. למשל, בבית דין דאמריקא נעשו בערך חמש עשרה חליצות במשך החמש שנים האחרונות. ובכלל זה היו ב' חליצות שנעשו לאחר הפיגוע בכניני מגדלי התאומים שבעקבותו נהרגו קרוב לשלשת אלפי איש. וזכורני כשהייתי אז המנהל של בית דין דאמריקא איך ססידרנו שתי החליצות האלו ביום אחד (עיין בפתחי תשובה סימן קסט ס"ק א בענין איך לעשות שתי חליצות ביום אחד) לאחר שפקידי הממשלה עשו טקס בבקר ביום המכונה "יום הזכרון" בארצות הברית במקום שהיו שם מגדלי התאומים. ושתי היבמות באו לבית הדין זא"ז לאחר הטקס ביחד עם יבמיהם כדי לקיים מצות החליצה.

אבל מכיון שפסקינן (שו"ע אה"ע ס' קסה, סעיף א) כפסק הרמ"א נגד המחבר דמצות חליצה קודמת למצות יבום (כסתמא דמתניתין בבכורות יג. וכדפסק ר"ת בתוס' יבמות לט: ד"ה אמר רב) וחוששין כאבא שאול (יבמות לט:) שהיבם יכוון שלא לשם מצוה ויהיה כאילו פוגע בערוה (באשת אח), אין לנו יחס כ"כ היום ליבום. וגם בקהלות הספרדים שנוהגים כפי פסק המחבר שתפס בשיטת החכמים שמצות יבום קודמת למצות חליצה אפילו בזה"ז, כמעט נתבטל יבום לאחר התקנה בא"י שנחתמה ע"י שני הרבנים הראשים בארץ בשנת תש"י, הרה"ג רב יצחק אייזיק הלוי הרצוג והרה"ג רב בן ציון עוזיאל, שאסור גם לספרדים היום לקיים מצות יבום והכל חייבים לחלוץ. ולמרות שהפריז הרה"ג רב עובדיה יוסף שליט"א נגד התקנה הזאת (שו"ת יביע אומר חלק ח, אה"ע סימן כו) וטען שהם היו "יוצאים ביד רמ"א" לעשות כן, וגם הרשה לאנשים מסוימים מקהלה הספרדית לעשות יבום אחר כך (כדאיתא

בתשובתו שם), מ"מ נראה שבדרך כלל אין עושים יבום בזה"ז אפילו בקהילת הספרדים.

## ב. אם חל יבום בדיעבד בזה"ז

יש לחקור לפי הפסק של הרמ"א הנ"ל, שאין מייבמים מפני החשש של אבא שאול "אלא אם כן ניכר וידוע שמכוונים לשם מצוה", אם כוונתו שאם עושים יבום אין היבום חל בכלל, או אם יש רק קפידא לכתחלה שלא לעשות יבום. ומלשון הרמ"א הנ"ל שכתב שאין עושים יבום א"כ ניכר שהם מתכוונים לשם מצוה, נראה שאין קפידא שלא לעשות יבום בכלל אלא אם כן לא ניכר שמתכוונים לשם מצוה. אבל מ"מ עדיין יש לחקור אם באמת לא ניכר שמתכוונים לשם מצוה, אם לא יחול היבום, וק"ו אם ניכר וידוע לנו שמכוונים לשם נוי.

ולכאורה יש כמה נ"מ להלכה: (א) אם אפשר לעשות יבום כשא"א בחליצה כמו במקרה שנחתכו רגליו של היבם אפילו כשא"א לברר כוונת היבם, (ב) אם היבום נעשה באופן שלא ניכר שהכוונה היתה רצויה, אם מתירים לשניהם להישאר ביחד כאיש ואשתו אח"כ, (ג) אם יש לאסור הייחוד בין היבם ובין השומרת יבם במקום שא"א לברר שתהיה להם הכוונה הרצויה לעשות יבום כהילכתה.

ונראה דפסקינן כפי הצד שיש רק קפידא לכתחלה אפילו כשלא ברור שמכוונים לשם מצוה. וכך משמע מדברי הנמוקי יוסף (ריש פ' הבא על יבמתו, דף יח. בדפי הרי"ף ד"ה קנה) שביאר את שיטת אבא שאול שאמר דאם מתכוון היבם לשם נוי, הוי "כאילו פוגע בערוה" דלא הוי ממש ערוה, ולכן בדיעבד קנה, ודלא כשיטת הרמב"ן (יבמות לט: ד"ה אמר רב) שכתב דלפי אבא שאול הבא על יבמתו אנוס ומזיד לא קנה. ועל כן רוב הפוסקים התירו למי שלא יכול לעשות חליצה מפני שנחתכו רגליו שמ"מ יעשה יבום, וכן הובא בס' נפש הרב (ליקוטי הנהגות דף רסה) מאת מו"ר הרב צבי שכטר שליט"א שכך פסק מו"ר הרב יוסף דוב סולוביצקי זצ"ל ע"פ פסקו של הרב חיים הלר במקרה כזה, וכן איתא בשו"ת אחיעזר (ח"ג ס' כ'), ודלא כשיטת השב יעקב (אה"ע סימן לו) שפסק שכל מי שאינו עולה לחליצה אינו עולה לייבום. ולכן בעובדה כזו כשא"א בענין אחר, נראה דאין חוששין שמא יכוון לשם נוי.

אבל עיין בס' נפש הרב הנ"ל שכתב שהפסק היה שיעשה יבום ע"מ לתת לה גט אח"כ. ושאלתי את הרב שכטר אם חלק זה מן הפסק היה הכרחי, זאת אומרת שהיה אסור להם לדור ביחד אח"כ בגלל שאולי לא היתה להם הכוונה הרצויה בשעת היבום, או שהגט היה בתורת רשות, כלומר שהם לא רצו להישאר ביחד, וחידש הרב הלר שהיה מותר לייבם ע"מ להתגרש מיד אח"כ. ולפי צד השני, אם היו רוצים להישאר ביחד היה מותר להם להישאר ביחד. והרב שכטר ענה לי שאינו זוכר בדיוק היאך הסביר הרב סולוביצקי את הפסק הזה, אבל אמר שהפסק היה מיוסד ע"פ האחיעזר הנ"ל וע"כ יש לעיין בדבריו שם.

וכשעיינתי בס' אחיעזר הנ"ל מצאתי שבאמת לא פסק שם שחייב היבם לגרש לאחר היבום, אלא שחידש שבמקרה כזה הרשות בידו לגרשה בגט אפילו בעל כרחה, למרות שבדרך כלל אסור לגרש אשה בע"כ ע"פ חרם דרבינו גרשם (עיין ברמ"א אה"ע סימן קיט, סעיף א), מפני שלא גזר רבינו גרשום בכהאי גוונא. וא"כ נראה שאם פסקינן בזה"ז לעשות יבום במקרה מסוים כשא"א לעשות חליצה (או באופן שעברו ויבמו נגד פסק הרמ"א), למרות שבדרך כלל חוששין שלא יכוונו כראוי, מ"מ אחרי שכבר עשה מעשה היבום אין אומרים שיש עבירה על כל ביאה וביאה אלא אומרים שחל הייבום ומותר להם להישאר ביחד.

וכן כתב בשו"ת גינת ורדים (אה"ע כלל ב' סימן י"א), הובא בס' חליצה כהילכתה (מאת ר' יחזקאל אהרן שוורץ, הוצאה שניה, פרק טז, הערה כא), שלפי הפוסקים כאבא שאול אם היבם עשה מעשה היבום אפילו אם כוון לשם נוי אין אומרים שהיא נשארה באיסור אלא היא נעשית אשתו ואין מוציאים אותם זה מזה. ומה שאמר אבא שאול ש"כאילו פוגע בערוה וקרוב אני בעיני להיות הולד ממזר" לפי הגינת ורדים "דרך גוזמא קאמר למילתיה". והביא ראיה לדבריו מלשון המשנה (בכורות יג.) שעכשיו שאין מתכוונין לשם מצוה "מצות חליצה קודמת למצות יבום" דלפי הגמ' ביבמות לט: אזלא כאבא שאול "דמשמע דדוקא יהבינן ליה דין קדימה בלבד על מצות יבום ... ואם עבר ויבם שפיר דמי." ונראה לומר שאין מקרה זה דומה ליבום בחייבי לאוין שגזרו ביאה ראשונה אטו ביאה שניה (עיין יבמות כא:); שכאן רק חוששין בביאה ראשונה שיהיה "כאילו פוגע בערוה" אבל אח"כ בביאה שניה מה דהוה הוה והיא כבר נעשית

אשתו לכל דבר, וכמו שכתב בס' חליצה כהילכתה שם "ובביאה שניה הא לא איכפת לן בכוונתו כלום."

וכן בענין הייחוד אם היינו חוששין שלפי אבא שאול היא ממש אסורה לו, היינו צריכים לאסור את היחוד כמו שאוסרים על הייחוד בכל ערוה. אבל למרות שפסק כאבא שאול, הרמ"א פסק ג"כ (אה"ע ס' קנז סעיף י) שמותר ליבם להתייחד עם השומרת יבם שלו. ועיין בשו"ת ברית אברהם (ס' נג אות י) שחלק וכתב שמכיון שבזה"ז אין מייבמין הדבר פשוט שהייחוד אסור להם. אבל נראה שהרמ"א סבר כמו הפוסקים דלעיל דדין אבא שאול הוא רק קפידא בעלמא אבל מ"מ אם היבם יעשה את מעשה היבום הם יהיו מותרים להישאר ביחד וע"כ פסק שאין לאסור את הייחוד ביניהם (אולם, נ"ל שאם היא נדה יש לאסור את הייחוד, וכן כתב בס' חליצה כהילכתה, פרק ג הערה א). ועיין בביאור הגר"א (שם ס' קנט אות כג) שהסביר שאין אוסרין את הייחוד מכיון "דאף אם יבא עליה שמא יכוין לשם מצוה" ע"ש. ולפי דברינו י"ל שאע"פ שבדרך כלל לא מתירים את הייבום בזה"ז אם לא ברור שמכוונים שניהם לשם מצוה, מ"מ יש להתיר את הייחוד מפני שהקפידא שלא יכוונו לשם מצוה הוא רק לכתחלה וכדברי הנמוקי יוסף הנ"ל.

### ג. ולד הנולד ע"י זרע קפוא לאחר מיתת הבעל

עיין בשו"ת במראה הבזק חלק ד, סימן קכח, שחקר הרה"ג שאול ישראלי במקרה שהבעל השאיר זרע קפוא אם יש לפטור את היבמה מזיקתה אם היא (או אשה אחרת) תלד מן הזרע הזה לאחר מותו. והביא משו"ת הנודע ביהודה (מהדורה קמא אה"ע סימן סט) שכתב (אע"פ שלא רצה לסמוך על זה בלי הסכמה מפוסקים אחרים) הטעם שאשה צריכה לחכות רק תשעים יום לאחר מיתת בעלה לפני שתתיבם, ולא חיישינן שאולי לא נקלט הזרע עד ג' ימים לאחר מותו וא"כ צריכה לחכות עוד ג' ימים עד שהוכר עוברת, הוא מפני שאם באמת לא הוקלטה הזרע עד לאחר מות הבעל, הולד לא יפטר את אמו מזיקתה. וע"פ זה החליט גם כן שאם יולד בן מן זרע קפוא של הבעל לאחר מותו, אין לפטור את האם מזיקתה. וגם הביא ראייה מן הגמ' בימות פז: שמטעם דרכיה דרכי נעם אין זיקה במקרה שהיו בנים בשעת מיתת הבעל והם מתו אח"כ דאין להוציא את

האשה ממי שנישאת לו כבר כשהיתה מותרת לשוק. ובאותה מדה יש להסיק מטעם דרכיה דרכי נעם דאם האשה כבר התייבמה מטעם שלא היו בנים לבעלה בשעת מיתתו וגם לא היתה מעוברת, אין להוציא אותה מן היבם אח"כ ולפסוק למפרע שהם עברו על איסור כרת. וכן עיין בשו"ת מנחת שלמה חלק ג, סימן קכד (ד"ה ומ"מ נראה) שג"כ פסק שאין זרע הנוצר מן זרע קפוא של הבעל לאחר מיתת הבעל פוטר את היבמה מזיקתה.

אבל לא כולם מסכימים לפסק הזה, שעיינ בס' חליצה כהילכתה הנ"ל, כרך א, במדור המכתבים (מכתב ז) שכתב הרה"ג רבי נתן גשטטנער שלפי דעתו אין זיקה כשאין שמו של הבעל מחוי כדכתיב בפסוק "שלא ימחה שמו מישראל." ולכן כתבו תוס' (יבמות לה: ד"ה והא לית ליה) שלר' יוחנן אע"פ שסבר שחליצת מעוברת שמה חליצה במקום שהפילה אחרי החליצה, מ"מ מודה כשנולד בר קיימא אח"כ שאין החליצה כלום מכיון דנפקא חיוב יבום או חליצה "מלהקים שם ומלא ימחה פרט לזה שאין שמו מחוי." ולכן נטה לומר שכ"כ אין קיום של "שלא ימחה שמו מישראל" כשיש לו ולד אפילו לאחר מותו מכיון שאין שמו מחוי וע"כ יש לומר שפקע זיקתה בלידת הבן מן הזרע קפוא של הבעל אפילו באופן שנתעברה מן הזרע לאחר מותו.

עכ"פ אולי יש לחדש ע"פ הנ"ל עוד טעם למה אין לעשות יבום בזה"ז. שהרי חידש המהר"ן חיות (יבמות כב. ד"ה מי שיש לו בן מ"מ פוטר) טעם נוסף שלא להתיר יבום בזמן הזה, והיינו מפני שרוב הפירצה בעולם וע"כ יש לחשוש שהיה לנפטר זרע מאשה אחרת בדרך זנות. וא"כ אין קיום של "ובן אין לו" מפני שכלפי שמיא גליא שהיבמה אסורה ליבם מטעם אשת אח. ולפי זה נראה שבזה"ז אולי יש להוסיף עוד טעם ע"פ הנ"ל לאסור את היבום שאולי נשאר זרע קפוא מן המת ואולי יולד לו ילד מן הזרע קפוא הזה אפילו לאחר מותו, ונמצא שלא היה היתר ליבם.

אבל האמת היא שנראה דלא חיישינן להכי כמו שלא חוששין שיש ולד של הבעל שלא נודע ממנו. דדין של "ובן אין לו" דורש ש"עיינ עליו" (יבמות כב:) אבל נראה שאין לאחר העיון כלום. וכן איתא בשו"ת המהרש"ם (ח"ב סימן ריד אות י"ג) דסמכינן ארובא ולא חוששין שמא הוליד בן בזנות וכמו"כ כתב במקרה של הנודע ביהודה דסמכינן ארובא דנקלט ביום א'. ולכן למסקנא נראה שאין חוששין שמא היה לבעלה זרע

של קיימא מזונה אם לא ידעינן מזה. וכן במקרה של יבום אין לחשוש שיש לו זרע קפוא, ואפילו אם יש זרע קפוא, נראה שלא אמרינן דחוששין שמא יהיה מזה ולד לעתיד אפילו לפי החולקין על הפסק של רב ישראלי הנ"ל.

### ד. ולד הנוולד ע"י הזרעה מלאכותית בחיי הבעל

אבל מ"מ יש שאלה אחרת אם היה זרע מן הבעל בחייו מן זרע קפוא או הזרעה מלאכותית אם זרע כזה בכלל פוטר את אשתו מזיקתה. אכן בתשובה של הרב ישראלי הנ"ל הוא פסק שמכיון שיש מח' בין הבית שמואל והחלקת מחוקק בש"ע אה"ע סימן א אם מייחסין ולד שנולד באמבטי לבעל הזרע לענין קיום מצות פרו ורבו, יש לנו לחשוש שבאמת אין שום יחוס בכלל. ולכן אפילו אם נולד הזרע בחיי האב אין לפטור את אשתו מזיקתה ע"י ולד כזה. אבל עיין בספר חליצה כהילכתה הנ"ל (פרק שמיני, סעיף י) שהביא כהלכה פסוקה שבודאי ולד כזה פוטר את האשה מזיקתה. ונראה שטעם שיש להקל בענין כזה הוא ע"פ הדרשה של "עיין עליו" – שאין לו זרע מכל מקום, ואפילו אם קיימת ספק בתחומים אחרים של הלכה אם לייחס את הולד לבעל הזרע, בענין זיקת יבום שדורשים "ובן אין לו - מכל מקום" (ספרי, דברים פיסקא רפח) בודאי שהזרע בחיי האב מספיק להגביל את הולד כזרע האב, וכמו שכתב בהגהות חשק שלמה (יבמות דף י. ד"ה בלא דאי נמי) בענין זה וז"ל "ולענין לפטור מן היבום (ע"י ולד שנתעברה באמבטי) פשיטא ליה דפוטר דהא כתיב וכן אין לו עיין עליו וכמו דאמרינן שם [דף כב:] לענין ממזר" עכ"ל.

ומטעם זה נראה ג"כ שלא רצה הנו"ב לסמוך על סברתו בענין ולד שנקלט במעי אמו לאחר מיתת הבעל (ובעובדה שלו באמת הקיל להתיר את האשה לשוק למרות שהולד נולד לאחר תשעה חדשים ושבויעיים לאחר מיתת הבעל, מטעם דניתן להניח שהולד נקלט מיד לאחר ביאת הבעל אלא שנשתהה ע"ש). וגם ע"פ זה נראה שיש מקום גדול לסמוך על סברת הרב גשטטנער הנ"ל שאם ייולד הזרע אפילו כמה שנים לאחר מיתת הבעל, קיים "ובן - מכל מקום" כדי להתיר האשה מזיקתה. וגם בזה"ז שאין מייבמין כדנ"ל אלא חולצין ומתירין האשה לשוק, יותר מסתבר שהסברא של "דרכיה דרכי נעם" דורש שיש להחזיק בפסק שיתיר את האשה לשוק (וכמו שאומרים הכלל של דרכיה דרכי נעם ביבמות דף פט: במצב שהיו

בנים בשעת נפילה ומתו אחר כך שמחזיקים בהיתר האשה לשוק) מלומר שהאשה עדיין נשאת בזיקתה ואסורה להינשא לשוק בלי חליצה.

### ה. תנאי בנישואין במקרה שיש אח מומר או חרש

ועיין ברמ"א סימן קנז, סעיף ד, שאע"פ שבדרך כלל אומרים אין תנאי בנישואין (עיין יבמות קז), ועיין בשלטי גבורים פרק המדיר לד. בדפי הרי"ף בשם הריא"ז שאפילו קידש על תנאי ובעל על תנאי מקודשת אע"פ שלא נתקיים התנאי, והובא שיטתו בב"ש אה"ע סימן לח, ס"ק נט), יש מקום אחד שמתירים לעשות תנאי והיינו בענין מי שנושא אשה ויש לו אח מומר ויש חשש שאם ימות בלא בנים האשה תתענג מפני שאחיו לא יעשה מעשה חליצה כדי להתיר את האשה לשוק. וע"כ עושים תנאי בשעת קידושין שאם הוא ימות בלא בנים והיא תיזקק ליבם, שאין הקידושין תופסין, ותנאי זה מועיל אפילו לאחר הנישואין (ועיין בפ"ט ס"ק ט ובב"ש ס"ק ו בענין אם צריך לחזור ולהתנות בפני עדים קודם ביאה ראשונה).

ויש לעיין למה תנאי זה מועיל למרות שבדרך כלל פסקינן שתנאי בנישואין בטל בשעת ביאה מכיון שיש הנחה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ואחולי אחליה לתנאיה (כתובות עג. עד., ועיין בב"י ס' לח ד"ה ומ"ש הרמב"ם שהביא נ"מ אם פסקינן כטעם דאחולי אחליה לתנאיה מלבד הטעם דאאעבב"ז במקרה שכנס ולא בעל). ובבית שמואל (ס"ק ו) הסביר שלמרות שבדרך כלל יש הנחה שהבעל לא רוצה שבעילותיו יהיו בעילת זנות למפרע ולכן אמרינן מטעם זו אין תנאי בנישואין, אין זה שייך כאן במקרה של אח מומר "דליכא חשש ביאת זנות ולא שייך לומר דלא נתקיים התנאי." וק"ק למה לא אמרינן שגם במקרה כזה הבעל לא רוצה שלאחר מותו יהיו בעילותיו מוגדרות כבעילת זנות. ונ"ל שיש לתרץ באחד משני אופנים:

(א) עיין בשו"ע אה"ע סימן לח, סעיף לח שבתנאי שהיא לטובת האשה אינה מקודשת אם לא יתקיים התנאי ובבית שמואל שם (ס"ק סז) כתב "היינו כל זמן שלא מחלה ואם כנס אמרינן בודאי מחלה כיוון שידוע לה שלא נתקיים התנאי." וא"כ כאן שהתנאי להנאתה וגם ברור שהיא לא רוצה לבטל את התנאי אפילו לאחר הנישואין, התנאי עדיין קיים. ואפשר שזאת הכוונה בדברי הב"ש בסימן קנז שלא שייך כאן הסברא "שידוע לה שלא נתקיים התנאי" כמו בסימן לח.

(ב) אולי רק חוששין שאין הבעל רוצה שבעילותיו יהיו בעילות זנות כשהוא עדיין בחיים אבל אם רק במותו יתברר למפרע שהיו בעילותיו בעילת זנות לא איכפת לו במה שייקבע לאחר מותו בקשר לבעילותיו למפרע, ורק איכפת לו שלא ייקבעו בעילותיו כבעילת זנות כשהוא עדיין בחיים. ולפי זה פשט של המלים "ולא שייך לומר דלא נתקיים התנאי" היינו שרק יהיה אפשר להחליט שלא נתקיים התנאי לאחר מיתת הבעל ולא בחייו, ולכן לא איכפת לנו אם יתבטל הקידושין מחמת התנאי מכיון שהקידושין רק יתבטלו לאחר מיתת הבעל. וכן מצאתי חילוק זה בס' נחלת שבעה (סימן כב אות ו) וז"ל "וי"ל דתנאי בנישואין דתצא ממנו בחיים ויהא בעילת זנות זה לא אשכחן. אבל לאחר מיתה שלא תזקק ליבם ומחיים ע"ד קידושין בעל זה לא הוי בעילת זנות וזה מצינו" עכ"ל. ונראה לפרש דבריו ד"לא הוי בעילת זנות" ר"ל לפני מותו.

והנ"מ בין ב' הטעמים הוא אם אפשר בשום אופן לעשות תנאי בנישואין כדי לבטל את הנישואין אח"כ כשהבעל עדיין נשאר בחיים ולא נתן גט לאשתו דלפי צד השני א"א בשום אופן. ועיין בקונטרס "אין תנאי בנישואין" משנת תר"ץ מאת ר' יהודא לובעצקי (שנדפס בשנת תר"ץ ע"י הרב חיים עוזר גראדזענסקי בעל האחיעזר) שהביא מכמה גדולי הדור שבהחלט א"א להטיל תנאי בנישואין לתקנת עגונות. וכבר כתב הגה"ר יוסף אליהו הענקין זצ"ל בספרו לב איברא (עמוד 73) הובא בכתבי הגרי"א הענקין, כרך ראשון, שלמרות שהציע תקנה להצלת עגונות ע"י תנאי בנישואין (הובא בס' פירושי איברא סימן ה, אותיות כה-כז שהובא ג"כ בכתבי הגרי"א הענקין, כרך ראשון) כתב שהוא מחויב להתנצל בזה (וגם כתב המלים "הדרי ביי" כנגד מה שנדפס בס' פירושי איברא הנ"ל) "ולא ידעתי אז מהפסק שאין תנאי בנישואין בכל אופן, שפסקו כן כל גדולי דור הקודם, וכשנדפס הס' "אין תנאי בנישואין" חזרתי בי, כי אפילו גדול שבגדולים צריך לבטל דעתו אל הרוב, ובאם לא הוא זקן ממרא, וכ"ש ננסים כמונו." וע"ש מה שכתב שבאמת היסוד של אין תנאי בנישואין "הוא הלכה ברורה נשענת על יסודות חזקים בל ימוטו."

ונראה דלפי פסק המקובל שאין לעשות תנאי בנישואין בשום אופן, יש לבאר שמעיקר הדין תופסים כשיטת הנחלת שבעה הנ"ל שכל יסוד של תנאי בנישואין במקרה של אח מומר מבוסס על ההנחה שאין אדם מקפיד אם נעשו בעילותיו בעילת זנות לאחר מותו (ובפרט כשאין לו בנים שיהיו



מוגדרים למפרע כבני פנויה כדהובא בפוסקים בס' אין תנאי בנישואין הנ"ל), וכדמבואר במכתבו של רב יהודא לובעצקי בספרו הנ"ל בביאור דברי הנחלת שבעה "כי מה שיהיה לאחר מותו לא איכפת ליה משום בעילת זנות," אבל בכל מקרה אחר כשהבעל נשאר בחיים, מסקינן שהתנאי בטל מפני שאעבב"ז. וע"כ אין עצה לעשות תנאי בנישואין כדי להציל ממקרה שהבעל מסרב לתת גט מכיון שהבעל עדיין בחיים. ורק במקום חליצה שהתנאי אינו חל עד שימות הבעל שייך להטיל תנאי בנישואין במקרים מסוימים ומוגבלים.

ובפתחי תשובה שם ס"ק ט הביא משו"ת נודע ביהודה (אה"ע סימן נד) וחתם סופר (חלק א, אה"ע קי-קיא) שלא דוקא מתירין תנאי במקרה של אח מומר (שיש גם פוסקים שסברו שאין זיקה בכלל לאח מומר כדאיתא בטור שם בשם רב יהודאי גאון) אלא גם במקרים אחרים כמו אח חרש ואח שנתעלם מקומו עושים תנאי כזה לבטל הקידושין למפרע אם ימות הבעל בלי בנים והאשה תיזקק ליבום.

ובזמנים הקודמות היו כמה מסדרי קידושין שהיו שואלים בזמן סידור הקידושין אם היו אחים לחתן, ובמדה שהיו לו אחים עשו "שטר חליצה" לאח לחתום שאם ח"ו ימות החתן בלי בנים ותבא אשתו לידי זיקה, שיעשה חליצה בלי טענות והפרעות (ע' בס' נחלת שבעה סכ"ב נוסח שטר כזה). וכנראה שאע"פ שאין המנהג לעשות כן היום, מ"מ אם יתברר שיש אח מומר או חרש או אח שנעלם, נכון שהמסדר קידושין יקפיד לעשות תנאי כפול בזמן החתונה כדי להסיר כל מכשול של עגונה לעתיד לבא.

## ו. אומדנא דמוכח במקום שלא עשו תנאי

וחוץ מזה, יש לחקור במקום שברור שנמצא רק אח אחד והוא בשום אופן לא יחלוץ מחמת הטעמים שנזכרו לעיל, אם יש אומדנא דמוכח שלא היתה האשה רוצה להתחתן עם בעלה אם היתה יודעת שיש אפשרות שהיא תפול לפני מי שיעגן אותה, וא"כ אפילו בלי תנאי כפול תהיה מותרת לשוק. ועיין בשו"ת אגרות משה (אה"ע חלק ד, סימן קכא) שכתב חידוש נפלא במקרה שאיש שהיה לו אח מומר נשא אשה כשהיה עומד ללכת מיד אח"כ לצבא בשעת מלחמה ולא עשה תנאי כפול, ופסק הרה"ג רב משה פיינשטיין (ע"פ דברי התוס' בקידושין מט: ד"ה דברים שבלב בשם הר"י) שמכיון שיש אומדנא דמוכח שאם היו יודעים ששייך מצות

יבום וחליצה בזמן הזה לא היו מתחתנים בלי תנאי כפול נחשב כאילו עשו את התנאי וע"כ מותרת האשה להינשא לשוק בלי חליצה מן האח מומר. ובטח שקשה ללמוד מן פסק מחודש כזה ובפרט שהיה במקרה של אח מומר (שיש פוסקים שאין לו זיקה בכלל כדנתבאר לעיל) וגם שהיה ברור בשעת נישואין שהיתה אפשרות גדולה שימות מתוך כמה חדשים בלי בנים.

מכל מקום יש לעיין ע"פ זה בגמ' ב"ק (קי:-קיא.) שאין אומרים בשומרת יבם שנפלה לפני מוכה שחין שאם היתה יודעת שתפול לפני מוכה שחין לא היתה נישאת לבעלה ראשון מכיון שאמרינן טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו. וכתב הב"ח (אה"ע סימן קנז ד"ה כתב רב שרירא גאון) שיש ליישב שיטת הגאונים שפסקו שאין האשה זקוקה לאח מומר ע"פ הסוגיא הזאת. שלפי מסקנת הגמ' ש"טב למיתב טן דו" הכוונה בזה שא"א להחליט שהיא לא היתה רצויה להיות נשואה אפילו למוכה שחין, "אבל לגבי מומר ליכא למימר הכי דאנן סהדי דלא ניחא לה כי יעבירנה על דת לבוא עליה כל זמן שהיא נדה."

וא"כ אע"פ שלא פסקינן כשיטת הגאונים אבל בזמן הזה שאין מייבמים ואין להסתפק שאולי היא תרצה להתחתן לאח הזה מטעם טב למיתב טן דו, אלא שברור שצריכה חליצה וברור שהאח לא יחלוץ מפני שהוא מומר או חרש או שנתעלם מקומו, אולי במקרה כזה שוב אפשר לומר שיש כעין אנן סהדי שאילו ידעה שיש אפשרות שהיא תפול לפני אח כזה לחליצה ותשאר עגונה, היא לא היתה מסכימה להינשא בלי לעשות תנאי כפול (וכדברי האגרות משה הנ"ל). ובפרט מכיון שבזה"ז רוב אנשים לא יודעים ולא חושבים על האפשרות לעשות התנאי כפול בשעת קידושין. וכמובן שזה חידוש גדול וצריך להתיישב בדבר זה הרבה עם גדולי הפוסקים. עכ"פ בודאי נכון לכל מסדר קידושין בזה"ז לברר לפני מעשה הקידושין אם יש מצב של אח מומר או חרש או נעלם ולעשות תנאי כפול בקידושין במקום ששייך לעשות כן ע"פ דין.

## ז. ביאור חדש לברכת אשר קדשנו במצותיו וחקיו של אברהם אבינו בסוף סדר החליצה

בסוף סדר חליצה שהובא באה"ע לאחר סימן קסט איתא במחבר (סדר חליצה, סעיף נז) "מצאתי כתוב בסדר אשכנז וכשיעמדו יאמר הרב בא"י

אמ"ה אקב"ו במצות וחוקים של אברהם אבינו והטעם מדאמרינן בפרק כיסוי דם בשכר שאמר אברהם ועד שרוך נעל זכו בניו למנעל של חליצה ויש לאומרו בלא הזכרת שם ומלכות. " וכן נוהגין שבסוף סדר החליצה אומרים ברוך אשר קדשנו במצותיו וחקיו של אברהם אבינו. ובפתחי תשובה שם (ס"ק יז) העיר שבאמת לא נמצא לשון זה בפרק כיסוי הדם אלא צ"ל בבראשית רבה.

איברא שיש גמ' במסכת חולין פ' כיסוי הדם (פט.). שלמדה ממעשה דאברהם אבינו שבגלל שמיאן לקבל אפילו מחוט ועד שרוך נעל ממלך סדום לאחר שהכה את ארבעה המלכים והציל את חמשת המלכים, ע"י כך זכו בניו מחמת זה, אבל לפי הגמ' זכו בניו לחוט של תכלת ולרצועה של תפילין ולא למנעל של חליצה. אלא שבמדרש בראשית רבה (פרשה מג) הובא כמו שכתב הפתחי תשובה שמחמת שאמר א"א שלא יקח עד שרוך נעל זכו בניו ל"מצות יבמה היך מה דאת אמר (דברים כה) וחליצה נעלו מעל רגלו. " ונראה שזה המקור למה שכתוב בספר אשכנז שבשכר שאמר אברהם ועד שרוך נעל זכו בניו למנעל של חליצה.

ולכאורה יש להקשות שהמצוה העיקרית היא היבום ולא החליצה וא"כ איך זכו בניו למנעל של חליצה, וגם איך מתארת המדרש את מעשה החליצה כ"מצות יבמה. " וגם בפירוש סדר החליצה על ההלכה הנ"ל (ס"ק פב) הובא לשון של הבה"ג ש"אמר הקב"ה למשה אמור אל היבם שלא ירצה לייבם רעוע בגופך מאנת לקיים מצוה לפיכך תחלוץ מנעלך כאבל וכמנודה שדרכן להיות יחיפים ובטפה סרוחה שבגופך יכולת לקיים לאחיך זרע כך וירקה לפניו טפה סרוחה והדיינים עונים חלוץ הנעל כאבל חלוץ הנעל כמנודה חלוץ הנעל כמורד במצות סיני" ע"ש בפירוש סדר החליצה עוד דברים חמורים בקשר לחרפת היבם על שלא קיים מצות היבום. וקשה איך זה נחשב זכות במה שבניו של אברהם אבינו זכו למצות חליצה כשיש בזיון גדול בזה שמעשה החליצה הוי כמורד במצות סיני.

וכבר עמד בזה הרב ברוך הלוי אפשטיין בספרו תורה תמימה (בראשית יד, כג הערה יט) שכתב שהברייתא במדרש לא נקט מצות רצועה של תפילין "מפני שאין זה מרומז יפה בלשון נעל [רק משום דזה וזה עור הוא], ולברייתא שלפנינו לא ניחא הענין מנעל של חליצה מפני דפורענות היא ולא שייך כ"כ הלשון זכו, ודו"ק. " ז"א שבברייתא בגמ' לא היה ניחא לכתוב שזכו בניו למנעל של חליצה מפני שהחליצה פורענות היא שלא

הקים היבם את בית אחיו וכאמור. ועכ"פ יש עדיין להקשות על לשון המדרש איך זה נקרא זכות שיעשו בניו מצות החליצה.

ונלע"ד לפי מה דפסקינן כאבא שאול ניחא לשון המדרש. שהרי לפי המשנה בבכורות יג. בראשונה שהיו מתכוונין לשם מצוה, מצות יבום היתה קודמת למצות חליצה, ורק אח"כ כשלא היו מתכוונין לשם מצוה אמרו מצות חליצה קודמת למצות יבום, וזה ע"פ שיטת אבא שאול כדמבואר בגמ' יבמות (לט:). וא"כ מעיקר הדין הזכות היתה במצות יבום אבל אחרי שלא התכוונו לשם מצוה נהפך הדין להיות שמצות חליצה קודמת וכדאיתא במשנה בבכורות, וע"כ יש זכות בעשיית מצות חליצה יותר ממצות הייבום.

ועפ"ז יש לבאר שלפי המדרש כבר היה צפוי שיהיה זמן ש'מצות יבמה" תקיים ע"י הפסוק של "וחלצה נעלו מעל רגלו". ובזמן ההוא לא תהיה זכות בייבום מפני שאין להניח שמכוונין לשם מצוה. וא"כ עיקר הקיום של המצוה לא תהיה בהקמת שם אלא בהתרת היבמה לשוק ע"י החליצה.

וא"כ מובן למה זכו בניו של אברהם במצות חליצה בגלל שאמר אברהם "ועד שרוך נעל." שהמפרשים דנו בסיבה שקבל אברהם שכר ע"י זה. לפי רש"י (חולין פט:): זכה אברהם מפני שלא רצה ליהנות מן הגזל. ולפי דברי הת"ת הנ"ל זכה אברהם מפני שלא רצה ליהנות ממעשה נסים שהנצחון שלו בא ע"י נס. ואולי יש להציע עוד שזכה אברהם שהראה שמעשה הצלה שלו לעזור את לוט שהיה גיסו ואחיונו היה רק לשם חסד בלא שום תועלת אישית מצדו. וע"כ סירב לקבל אפילו מחוט ועד שרוך נעל ממלך סדום. וכמו שכתב בס' הדרש והעיון (פרשת לך לך, מאמר נו סעיף ד) בפשט המילים "ולא תאמר אני העשרתי את אברם" – שלא יאמרו שה"אני" היה המקור למעשה הצלה שלו, אלא שהיה מאהבת הצדק והמשפט למען כבוד ה' ואמונתו.

לכן נראה לבאר שבזמן הזה המצוה של חליצה היא קיום של חסד, שמקיימים מצות החליצה לכתחלה כפי הפסק המקובל שמצות חליצה קודמת למצות יבום, כדי להתיר את האשה לשוק שלא תשאר עגונה. ויש מקרים שקשה ליבם לעשות החליצה או מפני שהוא צריך ליסע דרך רחוקה או שהוא בוש להסיר מנעלו בפומבי ושיבמתו תרוק לפניו, או שאין יחס טוב בין הצדדים, וכשעושה את מעשה החליצה הוא מראה כמו

אברהם אבינו שמוכן לעשות חסד לקרובו למרות שלא מקבל שום דבר בשביל זה. וכן ראוי להיות בכל מקרה של חליצה, ונכון למחות באנשים שדורשים הרבה כסף כדי לעשות מעשה החליצה. ולכן מברכים בסוף סדר החליצה ברוך אשר קדשנו במצותיו וחקיו של אברהם אבינו שלימד לצאצאיו איך להציל את קרובי משפחתיים מכבליהם בלי לדרוש כלום אלא לעשות מפני מצות החסד בלבד. וכן היא מצות החליצה להציל את היבמה מכבלי עגונה כדי להתירה לשוק, ודו"ק.

ויהי רצון שלא תבואנה עוד בנות ישראל לא לידי חליצה ולא לידי יבום אכי"ר.