

רב דוד יהודה שבתאי
חבר הכולל העליון ע"ש ווקסנר

שיטת אבא שאול וכוונה במצות יבום

איתא בגמ' יבמות לט ע"ב:

בראשונה שהיו מתכוונין לשם מצוה מצות יבום קודמת למצות חליצה, ועכשיו שאין מתכוונין לשם מצוה אמרו מצות חליצה קודמת למצות יבום. אמר רמי בר חמא א"ר יצחק חזרו לומר מצות יבום קודמת למצות חליצה. א"ל רב נחמן בר יצחק אכשור דרי? מעיקרא סברי לה כאבא שאול ולבסוף סברי לה כרבנן, דתניא אבא שאול אומר הכונס את יבמתו לשם נוי ולשום אישות ולשום דבר אחר כאילו פוגע בערוה וקרוב אני בעיני להיות הולד ממזר; וחכמים אומרים יבא עליה מכל מקום.

ובפשטות הבנת מחלוקתם, נראה דפליגי בדאורייתא דהא נחלקו בדרשת הפוסקים, וכדברי הרמב"ן (שם).

ולענין הלכה נחלקו הפוסקים כבר מזמן הגאונים (אוצר הגאונים יבמות שם) [מח' בין ישיבות סורא לנהרדעא] עד השו"ע (אה"ע קסה:א) [מח' מחבר ורמ"א], ועד פוסקי דורנו (ע' שו"ת היכל יצחק ח"א אה"ע סי' ה בהערה אות ג, ושו"ת יביע אומר ח"ו אה"ע סי' יד), ואכמ"ל.

א. גדר מצות יבום

ובכדי להסביר אופי מח' אבא שאול וחכמים, יש לעיין בגדר מצות יבום.

1. מדברי הרשב"א נראה דיבום הוא פרט מסוים במצות פו"ר, ולכן פסק (שו"ת הרשב"א ח"א סי' יח) דאין מברכין על מצוה זו, כיון ש"עיקרה אינה מצוה ... שהעיקר משום פריה ורביה, והיא [היבמה] אינו מצווה על פו"ר" (וכבר הסביר לעיל שמשום כך אין מברכים על מצות פו"ר אפילו שמקיימה עם אשתו). ויש לעיין עד היכן מגיעה השוואה זו. דלגבי פו"ר

נחלקו הפוסקים אי המצוה הוי בהבאת הבנים (שיטת המנחת חינוך מצוה א) או במעשה הביאה גרידא, ולגבי יבום, נראה פשוט דמקיים המצוה אפילו היכא דסו"ס אינו מביא בנים, וכגון בזקן וזקנה. דאי נימא דהושוו לגמרי, צ"ע אי אמרינן דכמו דגבי במצות פו"ר, אף דמקיימה מצות פו"ר ע"י המעשה ביאה גרידא מ"מ אינו יוצא ידי חובת פו"ר עד דמביא בנים לעולם, ה"ה גבי יבום. דא"כ נמצא דכל זמן שלא הולידה היבמה ממנו, הרי על כל ביאה וביאה מקיים בכך מצות יבום, ולאבא שאול אסור אי לא מכון ממש לשם מצוה בכל ביאה וביאה.

2. ויש שהתמקדו על הקנין שביבום, שהוא עיקר ויסוד המצוה. וכן נראה מדברי הדבר אברהם (ח"ג סי' ט), דפירש דבהא גופא נחלקו ר"י וריב"א לגבי הקמת שם (תוס' יבמות דף כ' ע"א ד"ה יבא עשה). דהקשו תוס' התם דכיון דאין אשה מתעברת מביאה ראשונה, א"כ היאך יתייבמו חייבי לאוין מדאורייתא, דהרי ליכא בהו הקמת שם, כיון דאינה יכולה להתעבר מביאה ראשונה וביאה שניה אסורה. ותירץ ר"י דבאמת לא בעינן הקמת שם ממש, אלא רק ראוי וראויה להקמת שם. ופירש הדבר אברהם דלפי הר"י כל מצות יבום תלוי בקנין היבמה, דכל שקנאה קיים המצוה. דאף אמנם טעם המצוה הוא להקים לאחיו שם וזהו עיקרה של המצוה מ"מ צריכין אנו להבחין את היסוד דהתורה הטילה אל האדם את המצוה רק במעשה שבידו, וכדין פו"ר ממש, דלדעתו, תלוי אך ורק בקיום מצות עונה גרידא, דהיא נתונה בידו. אלא דכיון דטעם המצוה הוא בכדי להקים שם, התורה הגבילה מצוה זו רק לאלו שהם ראויים להקמת שם, הוי כעין מעין "הראוי לבילה", דאלו שאינם ראויים להקמת שם, כגון סריס ואילוני, הופקעו מהמצוה כלל ועיקר.

וכך רצה הדבר אברהם לפרש את קושית התוס' (יבמות כ' ע"ב ד"ה אטו) לגבי חייבי לאוין אמאי גזרו ביאה ראשונה אטו ביאה שניה ולא גזרו העראה אטו גמר ביאה כיון דכבר נקנית בהעראה. דתוס' עצמם פירשו ד"אע"ג דתחילת ביאה קונה מ"מ אף בסוף ביאה מצוה קעביד, דבעינן להקים זרע לאחיו ואין בתחילת ביאה כדי הקמת זרע. וכתב הדבר אברהם, ד"לכאורה הוי הדברים סותרים זא"ז, דאי קיים המצוה בקנין גרידא, מאי איכפת לן דבכך אינו בר הקמת שם, ואי המצוה תלויה בהקמת שם, מאי איכפת לן דקנאה כבר בהעראה! ופירש הדבר אברהם דלפמ"ש הכל מוסבר, דאף דמצות יבום ביסודה הוי דין בקנין היבמה, מ"מ הקנין

חל ע"י הביאה, ולכן גדרי המצוה הוי כדין גדרי מצות פו"ר דמקיים אף בגמר ביאה ולא בהעראה גרידא.

וכן נראה מדברי בעל שו"ת עמק הלכה (ח"א סי' סז), דהקשה אמאי אבא שאול מסופק בדבר ואמר רק ד"כאילו פוגע בערוה" ורק "קרוב בעיני להיות הולד ממזר" דאי פגע בערוה, אמאי רק קרוב בעיניו להיות הולד ממזר. ופירש דבין לאבא שאול בין לחכמים גדר מצות יבום הוי דין בקנין היבמה, אלא דהסתפק אבא שאול גבי השלכותיה של מצות יבום. דהרי כיון דנקנית היבמה בהעראה, הרי מיד שהערה בה קנאה ונעשית כאשתו לכל דבר ושוב ממילא הגמר ביאה הוא בהיתר דהרי היא אשתו וא"צ כוונה לשם מצוה כלל, וא"כ אף דההעראה היה באיסור [לפי שיטת אבא שאול] אבל הגמר ביאה היא היתר, ואמאי הוי הולד ממזר?

ותירץ העמק הלכה דספקו של אבא שאול הוי באמת ספקם של בעלי התוס'. דתוס' יבמות כ' ע"ב (ד"ה אטו ביאה) פירשו דהא דנעשית אשתו לכל דבר מיירי רק כשהביאה ראשונה היתה בהיתר גמור ולא רק ע"י דחיה וכ"ש ע"י איסור. ואילו תוס' לעיל (יבמות ח' ע"ב ד"ה מלמד) בתירוצם הראשון סברי דיבמתו נעשית כאשתו לכל דבר אף אם ביאה הראשונה היתה באיסור. ובזה גופא נסתפק אבא שאול דאי נעשית כאשתו לכל דבר אפילו כשביאה הראשונה היתה באיסור, הרי אף לאבא שאול אי כוון לשם נוי וחשיב כפוגע בערוה ממש, מ"מ הגמר ביאה הוי בהיתר והולד הוי כשר. אמנם, אי אמרינן כסברא בתרא בתוס' דאי ביאה הראשונה הוי ע"י דחיה או איסור לא אמרינן דנעשית כאשתו לכל דבר, הרי לאבא שאול כשכנסה לשם נוי הרי פגע בערוה ואף הגמר ביאה נאסרה וממילא הולד ממזר. "ומה מאוד ינעם עפי"ז הלשון פוגע ... דכל האיסור הוא רק הפגיעה דהיינו ההעראה ... דרק הפגיעה לבד הוא איסור ברור ואידך הוא ספק." וברור לפי שיטתו דכל מצות היבום הוי דין בקנין היבמה.

3. ומצינו דרך שלישית ע"פ חכמת הנסתר, דע"י מצות היבום היבם פודה את נפש אחיו המת. אמנם דאין זה דבר ברור ובא ממילא. וכדאיתא בזהר קרח (ח"ג קעז ע"א), "האי בר נש דפקיד עליה למבני בניינא [דהיינו בית אחיו לאחר שאחיו מת בלא בנים] בעי לכוונא לבא ורעותא לגביה דההוא מיתא. מכאן בר נש דאתי על ההיא אתתא [יבמתן] בגין שפירו ותיאובתא דילה הא בניין עלמא לא אתבני דהא רעותא ולבא לא אתכוון

לגבי מיתא. ונראה דהפדיון נפש של אחיו המת תלוי בכוונת היבם במצות היבום.

ובזהר חקת (ח"ג קפ ע"א) דאף דע"י מצות יבום פודה את נפש אחיו המת, מ"מ "אי ההוא פרוקא לא בעי לקיימא לאחוהי בהאי עלמא – בעי למקטר חד נעל ברגליה וההיא אתתא דתשרי ליה ומקבלא לההוא נעל לגבה ... ובעי לבטשא ליה לההוא נעל בארעא לאחזאה דשכיך גופיה דההוא מיתא וקודשא בריך הוא לזמנא דא או לבתר זמנא חייס עליה ויקבל ליה לעלמא אחרא." והבין מכאן הרדב"ז (שו"ת הרדב"ז ח"ד סי' קח [אלף קפ]), דע"פ קבלה, חליצה תקנה גרועה היא – דאף דע"כ פודה במידת מה את נפש אחיו המת, מ"מ מדברי הזהר נראה דלא הוי פדיון גמור כאילו הוי מיבמה ממש. ונראה דע"פ דברים כאלו כתב בפירוש סדר חליצה לשו"ע אה"ע סי' קסט (ס"ק פב), ד"כתוב בהלכות גדולות 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 חולץ הנעל כמנודה חלוץ הנעל כמורד במצות סיני."

ב. הסברים במחלוקת אבא שאול וחכמים

1. כמש"כ לעיל, מפשטות הדברים, נראה דנחלקו בדאורייתא, וכן פירש הרמב"ן (ד"ה אמר רב) בסוגיין, דהא פליגי בפירוש הפסוקים. וכתב הרמב"ן, דבאמת לאבא שאול לא קנה אפילו בדיעבד, והרחיב הערוך לנר (ד"ה וחכמים) לפרש דכיון דקאמר כאלו פוגע בערוה ע"כ ס"ל דבדיעבד לא קנה דאל"כ אין שייך כאלו פוגע בערוה. ועוד כתב הרמב"ן, דהא דאיתא במתניתין לקמן (יבמות נ"ג ע"ב) דאפילו בא עליה בשוגג או באונס קנה, ע"כ לאו כאבא שאול מיירי. וכבר כתב הרדב"ז (שם), דכל היכא דמשמע דבדיעבד קנה לא אתי כאבא שאול. אמנם עדיין קשה לפירושו, דהא פשוט ממתניתין דקטן מייבם, וכן חרש מייבם, וע"כ צ"ל דגם אלו מתניתין איירי דלא כאבא שאול.

אמנם, יש שפרשו דאע"פ שנחלקו אבא שאול וחכמים בדאורייתא, ואף את"ל לאבא שאול דאפילו לא קנה בדיעבד, מ"מ י"ל דגם לשיטת אבא שאול דחרש וקטן שפיר מייבמי. ולפי פירושים אלו, צ"ל דלא בעי

אבא שאול כוונה לשם קיום המצוה, אלא כוונה לשמה, דהיינו שעושה ומייחד המעשה לשם מעשה המצוה. דכתב הנודע ביהודה (שו"ת נוב"י מה"ת אה"ע סי' סד), דלפי אבא שאול הא דלא קנה אפילו בדיעבד מיירי שכוון בפירוש שלא לשם מצוה, דהיינו שהיתה לו כוונה מיוחדת שלא לקיים המצוה ע"י ביאה זו. אמנם, אם כוון לשם נוי או אישות וכדומה וגם לשם מצוה, דהיינו עירוב מחשבות, שפיר קני. ולפ"ד אבא שאול גזרינן יבום סתם (דבאמת כשר) אטו יבום בכוונה שלא לשם מצוה. וכן י"ל לגבי חרש וקטן, כיון דלא מכווני בפירוש שלא לשם מצוה, שפיר קנו. ואף דבשאר אינשי גזר אבא שאול שלא לייבם אפילו בסתם, הכא, כיון דלאו בני כוונה נינהו, כל שאין מכוונים בפירוש שלא לשם מצוה, שפיר קנו אף לכתחילה.

ובכיוון שונה, הביא השם משמואל (פ' שופטים שנת תרע"א) בשם המגיד מקאזניץ וצ"ל, דשפיר יכול החרש לייבם כיון "שהמצוה בעצמה נותנת כח להתכוון לשם שמים אף שבטבע אפילו חסיד שבחסידים וכו', והא דמצות חליצה קודם משום דבאם האדם פגם בענין זה שוב אין המצוה מאירה לו כ"כ, אבל זה שהוא חרש ולא בר חיובא ולא פגם שוב המצוה עצמה מסייעתו." ונראה דגם לשיטתיה לא מיירי כאן בכוונה לצאת ידי חובת המצוה, אלא בדין לשמה, שמייחד את המעשה בפועל למעשה מצוה.

אמנם, י"ל דאף דנחלקו בדאורייתא, דהיינו דלפ"ד אבא שאול באמת חשיבא כערוה (ואי הולד חשיב ממזר נדון להלן), מ"מ י"ל דאעפ"כ בדיעבד קנאה. ואכן פירש הבית שמואל (אה"ע סי' קסו סק"ה), אך לא הרחיב לבאר דבריו. ובפירוש דבריו כתב הר"ש שמעון שקופ וצ"ל (חידושי ר' שמעון יהודא הכהן, יבמות סי' לח), דיש לחקור בעושה מעשה א' לשם ב' מטרות שונות אי חשיב כאילו קיים את ב' המטרות או דלא קיים אפילו חד מהם. וכתב דלאבא שאול, כל שלא קיים בפירוש שלא לשם מצוה, הקנין חל כיון דאף דנתקיים מחשבתו לבעול הערוה לשם נוי, מ"מ ג"כ נתקיים מחשבתו לייבמה לשם מצוה. וכן יש לפרש לגבי חרש, דלא מתבטל כלל מעשה היבום היכא שמתכוון ג"כ למטרה אחרת. וכן בשו"ת דברי מנחם (סי' לא) פירש ע"ד זו, דכל היכא דמצינו כוונות משותפות, יש לראות את המעשה כאילו נעשה לשם כ"א מב' הכוונות.

ומאידך גיסא, מחמת סתירה זו, דלא ייתכן לומר דאבא שאול פליגי בדאורייתא ומ"מ קנה בדיעבד, פירש הנמוקי יוסף (ריש פרק הבא על בימתו) דבאמת פליגי רק בדרבנן. ומדאורייתא, אפילו כוון לשם זנות שפיר קיים המצוה, דלא בעי שום כוונה לא לשמה ולא לשם קיום המצוה. וא"כ שפיר מובן אמאי חרש וקטן מייבמים וקונים. אלא דכתב ג"כ דאף לרבנן לכתחילה באמת ראוי לכוון לשם מצוה. ונראה דהבין כך משקו"ט של הגמ', דלא אמרי שחכמים פליגי דאף בזה"ז מכווני לשם מצוה, אלא דאף דבאמת מכווני לשם נוי ולשם אישות, מ"מ עדיין מצות יבום קודמת (מי"ק). ומשמע, דמ"מ לא מקיים בזה רצון התורה לכחתיילה אם לא מכוון לשם מצוה (לפחות בנוסף לכוונות אחרות).

2. אמנם הרמב"ם פירש דפליגי בעצם מצוה יבום אי הוי הותרה או דחוייה. ובפיהמ"ש (בכורות פ"א מ"ז) כתב דבאמת פסקינן כחכמים דהרי "משנסתלק ממנה אסור הערוה כאשר מת אחיו בלי בנים הרי היא מותרת ואפילו נתכוון שלא לשם מצוה." וכתב ביתר ביאור בתשובה (מהד' ירושלים תשי"ח, סי' ריח), דלחכמים, "הואיל ולאחר שמת (אחיו) בלא בנים, הותרה (לו) ונסתלק איסור הערוה בכלל," ואילו לאבא שאול, "איסור אשת אח דחוי מפני היבום, ואם מתכוונים לדבר אחר זולתי המצוה, הריהו כאלו פגע בערוה." דבכדי לדחות את האיסור, צריך שיכוון לשם מצוה דוקא, דאילמלא הך, האיסור במקומו עומד.

והרחיב על כך בשיעורי רבי שמואל (יבמות אות תעג), דהרי לפי פשטות הדברים נראה דפליגי אי מקיים המצוה אם לאו כשמכוון לשם נוי, ואילו הרמב"ם פירש דפליגי אי יבום הוי הותרה או דחוייה. וביאר דלפי דברי הרמב"ם שורש המח' היא אם ניתר איסור אשא"ח בשעת מיתה או לא, אולם ממילא פליגי נמי אם מקיים המצוה או לא. דלאבא שאול דס"ל דכשאין מכוין למצוה עובר על איסור אשא"ח, ממילא אין מקיים בזה מצות יבום. ואין זה משום שצריך כוונה לעצם קיום המצוה, דשפיר י"ל דאפשר דיצא י"ח אפילו אי לא כוון לשם מצוה, אלא משום שבלי כוונה עובר על איסור אשא"ח, ומכוין דעובר על איסור ערוה, ממילא אין מקיים המצוה – דא"א לקיים המצוה אם בו בזמן עובר על האיסור ערוה. וממילא, בלי קיום המצוה אין דחיה, דהאיסור לא ניתר בהנפילה לבד. ואילו חכמים ס"ל דאיסור אשא"ח הותרה בשעת נפילה, ולכן לא בעינן דחיה כלל ועיקר. וא"כ, שפיר יכולים חכמים להסכים דאם מכוון לשם נוי

אינו מקיים המצוה, אמנם אין קיום המצוה מעלה ומוריד כלל, כיון שכבר הותר האיסור לא בעינן קיום המצוה בכדי לדחותו.

3. ועל דרך זו, פירש הקובץ הערות (סי' לו) דפליגי אבא שאול וחכמים לגבי גדר מצוות צריכות כוונה. ופירש דאין כאן ענין של לשמה, אלא כוונה גרידא דכל התורה כולה. וביסוד דבריו ביאר דלא אמרינן עדל"ת אא"כ ע"י דחיית הלאו מקיים העשה. ולעיל (סי' יד) כתב, דאף דאמרינן עדל"ת אפילו אם לא תדחה הלאו לא תתבטל העשה, מ"מ א"א לדחות את הלאו אך ורק שלא תתבטל עשה אלא צריך שע"י הדחיה תתקיים העשה. ונראה די"ל דבאמת פליגי אי מצוות צריכות כוונה אם לאו. אמנם ביאר הקוה"ע די"ל דפליגי אף למ"ד מצוות אין צריכות כוונה. וחידש דלמ"ד מצוות אין צריכות כוונה, חשיב כאילו נתקיימה תכלית המצוה אך האדם לא קיים בכך צווי הבורא [אך מ"מ אינו צריך לחזור, דלא אפשר לתקוני, ואכמ"ל]. "ונמצא שלא נתקיימה המצוה ע"י האדם, אלא שלא נתבטלה, ובכה"ג אין עשה דוחה ל"ת." ומשו"ה לאבא שאול דס"ל דאיסור אשת אח לא הותר אלא בתורת דחיה, והיכא דאינו מכיון למצוה אין כאן קיום המצוה רק אי ביטולה, כשלא מכוון לשם מצוה אין כאן דחיה ואיסור אשת אח במקומו עומד, ומשו"ה לא קנה בביאה אסורה. דאף די"ל דהמצווה נתקיימה, מ"מ לא חשיבא כאילו היבם קיים אותה בגופו, וממילא א"א לומר עדל"ת, ומכיון דלאבא שאול איסור אשא"ח נדחית במקום קיום מצות יבום, היכא דא"א לומר עדל"ת, ממילא האיסור במקומו עומד. ואילו לחכמים, כיון דאיסור אשא"ח הותרה משעת נפילה, אפילו אם היבם אינו מקיים את המצוה בגופו, ממילא האיסור הותר, וכיון שמצוה נתקיימה בעלמא, סגי בכך, ושפיר קונה את היבמה אפילו כשאין מכוון למצוה. ובאמת, לפי שיטה זו, כל היכא דמשמע דלא בעי כוונה ביבום, כגון בחרש או בקטן, לא אזלי כאבא שאול, וצריך לפרש כל מח' ומח' במסכתין לפי הבנה זו.

אך רבים הקשו על פירוש זה, ואפילו הגר"א וסרמן הי"ד בעצמו (מכתב לרמ"מ כשר בעניני יבום וחליצה, נדפס בקובץ הערות מהד' תשס"ט עמ' רחצ) הרבה להקשות, דשפיר י"ל דמח' אבא שאול וחכמים לא תלי בדין מצוות צ"כ. וע"פ שו"ת מהר"ח או"ז (סי' קכח) כתב לחלק בין ב' סוגי מצוות: היכא דעיקר המצוה היא התוצאה לבין אלו שעשיית המצוה היא גוף המצוה. דכשהעיקר הוא התוצאה, וכגון, עשיית מעקה,

מילה, ופריעת חוב, אין שייך לפסול משום מצוה הבאה בעבירה, וכן לא בעי כוונה לצאת אפילו למ"ד מצוות צ"כ. וה"ה ביבום, דהמצוה שתהא קנויה לו, ולכן בעי אבא שאול לילף מקרא מיוחד דהכא, אע"פ דיבום הוי מצוה שעיקרה התוצאה, מ"מ בעי כוונה. דמצוות אלו שאני מאלו שעיקר יסודם הוא מעשה המצוה, וכגון תקיעת שופר ואכילת מצה, דהתם שפיר י"ל למ"ד מצוות צ"כ, דאי לא מכוון, אינו יוצא.

ועוד, דאפילו אי תימא דתלי במצוות צ"כ, הרי כבר כתב הרב המגיד (פ"ב הל' שופר ה"ד), דמצוה דבעי מעשה בגופו לא בעי כוונה, אפילו למ"ד דצריכות כוונה. ובכס"מ (שם) כתב דאפילו לא תימא כדברי ה"ה, מ"מ במידי דאכילה לא בעי כוונה לצאת שכן נהנה, דדמי למתעסק בחלבים ועריות דחייב שכן נהנה. ואף דשם נאמר לגבי איסורים, כתב הכס"מ ד"ל כן לגבי קיום המצוות ג"כ. וכתב הברכת אברהם (יבמות שם), דא"כ, ה"ה לגבי יבום, דכיון דנהנה, הרי קנה אפילו בלא כוונה. ועוד כתב שם, דהרי תוס' עצמם (יבמות נ"ג ע"ב) ס"ל דקטן וכן חרש קונים בדיעבד כיון דלא בעי כוונה, ולפי דברי הקובה"ע הוי דלא כאבא שאול, ואילו תוס' לקמן (יבמות ל"ט ע"ב) כתבו בשם ר"ת, דפסקינן כאבא שאול. ולפי הקובה"ע סתרי אהדדי.

4. ויש שמיעטו את נקודת מחלוקתם של אבא שאול וחכמים, ופירש החזו"א (אה"ע סי' קכט סקי"ג), דבאמת לאבא שאול, אפילו אם כוון לשם נוי, קיים מצות יבום כיון דלכתחילה עשה דיבום דחאה ללאו לקיים מצות יבום כדין, ובדיעבד בכל אופן שקנאה מקרי נתקיימה העשה שחפצה התורה ביבמה יבוא עליה והרי נעשה. אמנם לפי אבא שאול בידי שמים נחשב כפגע בערוה, שעיקר כונת התורה בהיתר היבום בשביל קיום מצות היבום, והוא קלקל ופגם בכונת התורה. ולכן ס"ל דלמעשה העושה כן מוטב שלא יעשה, כיון דיש לו ברירה דיכול לבחור בחליצה. ואילו חכמים פליגי דהוי כשאר מצוות התורה, דמוטב שיעשה שלא לשמה משלא יעשה כלל אי מי"ק, אכן מוטב לקיימה אפילו שלא בתכלית הידורה.

ובדומה לזה כתב בשו"ת דברי מנחם (סי' לא), דבאמת דינו של אבא שאול הוי רק מדרבנן, דבמצות יבום מצאו חכמים משום גדר וסייג לעריות להרחיק מצות יבום ולקרב מצות חליצה. דחששו דאם לוקח לשם נוי או לשם דבר אחר יכול לפגוע באיסור ערוה, היינו לייבם שלא במקום מצוה, כגון אשת אחיו מאמו וכדומה. וכיון שעכשיו אין מכוונים למצוה ופירש

הדברי מנחם שעכשיו אין זהירין כ"כ במצוות (ע"פ ברכות ט ע"א, מכוון נגד בית קדשי הקדשים, וטהרות פ"ג מ"א, כביצה מכוון) חששו וגזרו בכל יבום. אמנם אין דינו של אבא שאול משקף הבנה שונה במצות יבום, אלא רק תגובת חז"ל למציאות חדשה.

ונראה דאולי יש לחלק בין ב' שיטות אלו, די"ל דאזל החזו"א לפי שיטת הזוה"ק לעיל. דהיינו, דאף דבאמת גדר דין יבום הוא מצות קנין בלבד, וכל שקנה היבמה נגמר הענין, נחלקו רבנן וא"ש לגבי החשיבות שיש לתת "למפרק ליה" לנפש האח המת, ולבנות את ביתו עולם. בזוה"ק קרח מפורש דהיכא דלא מכוון לשם מצוה, אינו מקיים את תכלית היבום, ואינו פודה את נפש אחיו. וס"ל לאבא שאול, דכיון דהבועל לשם נוי אינו פודה את נפש אחיו, ואילו ע"י חליצה, כפי שמבואר בזוה"ק חוקת שגם היא מועילה לנפש אמנם ברמה נחותה במעט צ"ל דמצות חליצה קודמת (מח"ק), כיון שע"כ מקיים לפחות קצת מתכלית המצוה. ורבנן פליגי, דס"ל דכל שקנה היבמה סגי בכך אף אם לא יפדה את נפש אחיו, דסו"ס בהני דכבשי רחמנא למה לך. ואף בזוה"ק קרח דאיתא ד"בר נש דאתי על ההיא אתתא [יבמתו] בגין שפירו ותיאובתא דילה הא בניין עלמא לא אתבני, מ"מ לא מובא שם שמח"ק – אלא דרק אם מכוון לשם נוי דאינו מקיים את תכלית המצוה. וא"כ לפי החזו"א י"ל דנחלקו אבא שאול וחכמים בחשיבות קיום חלק הנסתר שביבום. דלאבא שאול הוי תכלית המצוה, ואם אינו מקיימה – אף דאה"נ דבאמת קונה היבמה בכך – כיון דיש ברירה בחליצה, עדיף שלא לייבם, ואילו לחכמים, כל שקנה היבמה קיים המצוה, אף דלא פדה את נפש אחיו ע"כ. אמנם מדברי מנחם לא משמע הכי, אלא לפ"ד נראה דכו"ע לא פליגי דעיקר ויסוד המצוה היא אך ורק הקנין עצמו, ורק נחלקו אי גזרינן במייבם לשם נוי אטו יבום שלא במקום מצוה.

5. ויש שפרשו את המח' ע"ד גדר הדין דיבום כקנין. שבין לאבא שאול בין לחכמים ס"ל דעיקר המצוה היא אך ורק הקנין, אמנם נחלקו בהשלכות של מעשה הקנין היכא דלא כוון לשם מצוה. וכתב הברכת אברהם (יבמות ג ע"ב), דלאבא שאול אף דבדיעבד קונה היבמה ע"י הביאה, מ"מ אי מכוון לשם נוי אינו מקיים המצוה בכך. ולכן כתב לחקור בגדר ממזרות הולד, דהרי כתב הגר"ש קלוגער (אה"ע סק"ב) דאין הממזרות נובעת מהחיוב כרת שבביאה, אלא הביאה עם הערוה עצמה (אף אם יצויר היכי

תמצי דלא יתחייב כרת) מייצר את הממזרות. וא"כ, לפי הבנת הברכת אברהם בשיטת אבא שאול, "יש לדרון בביאה שעל ידה לא תתקיים מצוה זו, דהולד שנעשה בלי מצוה, יהא ממזר, מאחר שנולד מערוה שלא ע"י קיום המצוה" אע"פ שהביאה לא היתה של זנות.

אמנם, ק"ק, דהיאך מצינו שיקנה היבם את אשתו ולמרות כך תהיה עדיין אסורה עליו כדין ערוה? ובאמת, כתב בשו"ת מחנה חיים (ח"א סי' ג), דאכן י"ל דייטכן מציאות כזו. דס"ל דאפילו לשיטת הריטב"א והנמוק"י, דגם לאבא שאול קנאה בדיעבד אף שכוון לשם נוי, "זהו דוקא להיות קנינו דמן השמים הקנו לו אותה מכח קנין דאחיו ... אבל בודאי אסורה עליו" בתורת ערוה. ומצא סמוכין לכך מפירוש הרמב"ן עה"ת (פ' וישב) דפירש הא דיהודה "לא יסף עוד לדעתה" שאחרי שקיים זרע לבניו לא רצה שוב להיות איתה, ובאמת צ"ע אמאי בחר בפירוש הפוך ממה שפרשו בגמ' סוטה (י' ע"ב), דכיון שידעה שוב לא פסק ממנה. וברבנו בחיי (בראשית לח: כו) איתא בשם הרמב"ן, הא ד"צדקה ממני", כוונתו, "יותר ממני שאני נתכוונתי לזנות והיא נתכוונה למצות יבום." ופירש המחנה חיים, כיון שכוון לזנות, אע"פ שקנאה, מ"מ עומדת עליו באיסור אשת אח ולכן לא רצה לבעול אותה עוד.

ויש לדמות לכך דברי הירושלמי יבמות (פ"א ה"א), דאיתא, מה דאמר אבא שאול ביבמתו אתיא כר' יוסי בר חלפתא דרבי יוסי בן חלפתא ייבם את אשת אחיו חמש חרישות חרש וחמש נטיעות נטע ודרך סדין בעל אילו הן רבי ישמעאל בי ר' יוסי ר' לעזר בי ר' יוסי ר' מנחם בי ר' יוסי ור' חלפתא בר' יוסי רבי אבדימוס בי ר' יוסי.

ופירש הקרבן העדה בפירושו הראשון, דמייירי בה' יבמות, וריב"ח בא על כל אחת פעם אחת בלבד, בכדי לקיים המצוה גרידא, ואף בביאה זו רצה למעט הנאתו שלא יוכל לכוון כלל לשם נוי ולכן בעל ע"י סדין. והא דלא בעל שוב, ס"ל דכיון דכבר קיים המצוה, הרי הוא עושה כן רק להנאתו, וחשש משיטת אבא שאול. ודומה לכך פרשו הריטב"א והר"ן (שבת קיח ע"ב) דמייירי ביבמה אחת, ובא עליה ה' פעמים, אך בכל חד וחד בעל ע"י סדין. וכתב הריטב"א, ד"הוה חייש דילמא בעיל לשם נוי בעלמא ודומה לו כפוגע באשת אח, "משמע דבכל ביאה חשש שבביאה הקודמת אולי כוון לשם נוי וא"כ לא קיים המצוה, וממילא בביאה שניה היא עדיין עליו באיסור. וכן ביאר כוונתו במחנה חיים הנ"ל.

וא"כ, לפי שיטה זו דלפי אבא שאול אם בא עליה לשם נוי אינו מקיים המצוה, ואף שקנאה, עדיין עומדת עליו באיסור, יש לחקור אם הולד נעשה ממזר על ידי כך. דבשורת חלקת יעקב (הנדמ"ח אה"ע סי' יב) חקר אי הממזרות תלוי בביאת איסור כרת דוקא או בנוולד מן הערוה אף אם יצירת הולד לא היתה ע"י ביאת איסור כרת. דדייק מלשון הרמב"ם (פט"ו איסור"ב ה"א), "אי זהו ממזר האמור בתורה זה הבא מערוה מן העריות ... אבל הבא על שאר העריות בין באונס בין ברצון בין בזדון בין בשגגה הולד ממזר," דפתח בלשון נולד מן הערוה וסיים בלשון הבא על הערוה. ובשור"ע (אה"ע סי' ד), הביא את לשון הרמב"ם, אך רק את תחילת לשונו, דכל הבא מן הערוה הוי ממזר.

ומכאן יש ללמוד לענין יבום. וכבר הקשה החלקת יעקב מיבמות ג' ע"ב, בס"ד דהגמ' דחיי"כ מתיבבות מדין עדל"ת. דאף אי ביאה ראשונה מותרת, הרי טיפה הלזו באה מחייבי כריתות, רק שלא ע"י ביאת איסור. ואי נימא דכל הנולד מעריות אף שלא ע"י ביאת איסור הוי ממזר, "א"כ איך יעלה על הדעת שתהיה מצות יבום ע"י דחיית ל"ת ושיתרבו ממזרים בישראל, דרכיה דרכי נועם כתיב!" וכן כתב בשער המלך (פ"ו איסור"ב הי"א), דלא ייתכן דהתורה צוותה להרבות ממזרים בישראל, ולכן הסתפק בייבם את הממזרת ודחה את הלאו (דהרי מן התורה הוי ביאת היתר) דאולי י"ל כיון דקיים מצוה ע"י ביאה זו, אין הולד ממנה ממזר. אמנם דחה דבריו החלקת יעקב, דאף אם המייבם את הממזרת הולד ממזר, מ"מ שאני יצירת ממזר חדש ע"י התהוות מן איסור ערוה מדין המשך שושלת של ממזרים (הנולד מן הממזר או הממזרת). ולפי הנ"ל משמע דממזרות תלוי באם קיים היבם מצות יבום ע"י ביאה זו אם לאו, וא"כ בכה"ג, נראה דהולד ממזר.

אמנם בשורת אג"מ (אה"ע ח"א סי' י, עא) נקט בפשיטות דאין ממזרות בלא ביאת איסור, דכן משמע מהגהות סמ"ק לרבנו פרץ, הו"ד בב"ח ובט"ז יו"ד סי' קצה. וכן נראה דעת רוב הפוסקים לגבי הזרעה מלאכותית ע"י זרע של איש אחר דאין הולד חשיב ממזר, כיון דלא היתה כאן ביאת איסור. וא"כ בכה"ג דיבם לשם נוי לשיטת אבא שאול, כיון דקנאה ולא עבר על ביאת איסור, אין הולד ממזר, אף אי לא קיים בכך מצות יבום, והאשה תיאסר עליו בהמשך.

לעומת כן, בשו"ת משפטים ישרים להמלאך רפאל (ח"א סי' שצו) רצה לומר דכל הבא מן הערוה הוי ממזר אף אם לא נוצר ע"י ביאת איסור. דגמ' יבמות (לג ע"ב) איתא היכא שנתערבו הכלות לאחר החופות מפרישין אותן זה מזה מחשש ממזרות. וז"ל, "הרי היכא שהם אנוסים גמורים והאשה מותרת לבעלה אפ"ה הולד מהבועל ממזר גמור וצ"ל דכל שיש ביאה של איסור כרת בעלמא אף דבאותו נדון לא היה שם חיוב אפ"ה ממזר." ואף דיש כאן כמה חידושים לדינא, מ"מ לגבי הנוגע לדיננו, נראה דלפ"ד הולד אכן ממזר, כיון דנתהוה ע"י איש ואשה האסורים זל"ז מדין עריות.

ואף שנודע בשערים שיטתו של האדמו"ר מסאטמר צוק"ל (שו"ת דברי יואל אה"ע סי' קז) דממזרות תלוי בהוייה מן העריות אף בלא ביאת איסור של כרת, מ"מ נראה דהיה מודה בנידו"ד דבאמת אין הולד ממזר. שהרי כל מהלכו שם הולך וסובב גבי איסור הזרעה מלאכותית ע"י איש שאינו בעלה של האשה. דדייק מהרמב"ן והחינוך דהאיסור היא יצירת ולד הנולד מן הערוה, ולכן אסר ד"ז בכל תוקף. אמנם, כל דיוקן הוא מהא דכתב הרמב"ן, "ואל אשת עמיתך לא תתן שכבתך לזרע, ואפשר שאמר לזרע להזכיר טעם באיסור כי לא יודע הזרע למי הוא ויבואו מזה תועבות גדולות ורעות לשניהם" – דהתורה הקפידה על כל היכא שלא יוודע יחוס ולד זה, ויבואו לידי ערבוביא. ואף במקום שיהיה ידוע בפירוש מי הוא תורם הזרע, בכל זאת הרעיש עולמות ע"כ לאיסור, דהרי הולד סו"ס יגדל תוך משפחה שאינה משפחתו, דמי שהוא קורא לו אביו – דהיינו בעל אמו – אינו אביו כלל וכלל. ויבואו מתוך כך לבלבול עצום ואיסורי תורה.

ואכן ניכרים דברי אמת, דכבר היו דברים מעולם, ואפילו כשהכל תחת פיקוח הלכתי מובהק. דספרו מתמן על אלמנה שנשאה שוב ולא זכתה להבנות מבעלה השני, אף שהיו לה כבר ב' בנים מבעלה הראשון. וכשבאו הזוג ליעוץ הלכתי, נתגלה הדבר לרב שגם מבעלה הראשון לא זכו לבנים, וב' בניה הידועים כבנים של הבעל הראשון באמת נולדו מהזרעה מלאכותית מתורם זר. ויוצא שאין בנים אלו בניו של הבעל הראשון, והרי הוא מת "ובן אין לו" והרי האשה זקוקה ליבום והרי היא נשואה לבעלה השני באיסור יבמה לשוק. וכ"ז מפני שהחשיבו את הבנים הנ"ל כבניהם ממש, אף דבעצם אינו כן.

מ"מ לגבי נידו"ד, דהמייבם לשם נוי לשיטת אבא שאול, אין כאן שאלה של יחוס כלל ואין כאן אפילו מקום להתבלבל. דהכא הולד ודאי בא מן היבם – ועוד שהיבם עוד מצווה לעשות כן, אלא לשיטת אבא שאול נכשל בקיום המצוה ולא הגיע לתכליתה. אמנם, אף לשיטת הדברי יואל דהאיסור התם הוא הכנסת הזרע לתוך מעי האשה אף שלא ע"י ביאת איסור וממילא הולד ממזר, אין זה שייך לנידו"ד דאין פקפוק על יחוס הולד.