

ד"ר מיכאל ויגודה*

ירושה טכנולוגית –

זכויות הירושה של מי שהורתו החלה אחר מות המוריש

ראשי פרקים:

- א. מבוא
- ב. הולדה לאחר מיתה
- ג. ייחוס הוולד אחר בעל הזרע
- ד. ייחוס הוולד באם פונדקאית
- ה. סיום ומסקנות

נספח – זכויות הירושה של עובר

- א. עובר כירש – מחלוקת התנאים
- ב. לפוסקים שעובר אינו יורש, האם הנולד יורש מכאן ולהבא או למפרע?
- ג. לפוסקים שהנולד זוכה בירושה מכאן ולהבא, מהו יסוד ההגנה על חלקו בעיזבון?
- ד. סיכום

א. מבוא

ההתפתחות הטכנולוגית מזמנת לפתחנו שאלות חדשות שלא שערון אבותינו. לא זו בלבד שניתן להפרות אישה באופן מלאכותי בזרעו של אדם בחייו, אלא ניתן לעשות כן גם לאחר מותו, בין בזרע שהוקפא עוד בחייו ובין בזרע שהוצא מגופו לאחר מותו. נכון להיום, חוק הירושה, התשכ"ה-1965, שולל זכויות ירושה ממי שנולד בטכנולוגיה זו לאחר מות המוריש, שכן סעיף 3(א) אינו מכיר כירש אלא "מי שהיה בחיים במוות המוריש", וההרחבה היחידה שנקבעה לכלל זה בסעיף 3(ב) לחוק היא ש"מי שנולד תוך 300 יום לאחר מות המוריש, דינו כדין מי שהיה בחיים במוות המוריש, זולת אם הוכח שהורתו היתה אחרי כן".

לאור ההתפתחות הטכנולוגית והשימוש הגובר והולך בטכנולוגיות של הולדה לאחר המוות¹, ובמסגרת הדיונים לתיקון חוק הירושה, נידונה השאלה אם לא ראוי לתקן את החוק ולהכיר בזכויות הירושה של מי שהייתה הורתו אחרי מות המוריש, כדי שלא יופלה לרעה לעומת שאר היורשים, ואם

* מאמר זה מבוסס על חוות דעת שכתבתי בנושא במסגרת תפקידי לפני כעשור. לאחרונה עדכנתי את הדברים בעיקר בעקבות פסק דינו של הדיין הרב ציון לוז (המצוין להלן, הערה 29) בו דחה את גישתי. בגרסה אחרונה זו סייע בידי רבות הרב עמנואל נהון, בייחוד בנספח שהוסף לחוות הדעת בעניין זכויות הירושה של עובר, ותודתי נתונה לו על כך.

1. ראה בעניין זה הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו", הנחיה מס' 1.2202, מיום א' בחשון תשס"ג, 27 באוקטובר 2003. לסקירת הפסיקה בעניין, ראה י' גרין, "ייחוסו של היילוד למולידו", פרשת השבוע, תולדות, תשס"ג, גיליון מס' 98.

כן, כיצד לאזן בין זכות זו לבין ציפיתם של היורשים הקיימים וצדדים שלישיים לוודאות משפטית.²

להלן נדון בעמדת המשפט העברי בסוגיה חדשה זו.

ב. הולדה לאחר מיתה

בפתח דברינו נזכיר שהטכניקות של הזרעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית הנעשות בחיי האב הותרו על דעת רוב הפוסקים,³ אבל השימוש בהן לאחר המוות עדיין מעורר חילוקי דעות ערים בין רבני דורנו ופוסקיו.⁴ תהא אשר תהא דעת ההלכה בשאלת השימוש בטכניקות הללו לכתחילה, עדיין עולה השאלה בדבר זכויות הירושה של מי שנולד באמצעותן בדיעבד.

לכאורה, השאלה המכרעת בעניין זה היא אם הנולד מזרעו של אדם לאחר מותו מיוחס אחרי אביו הגנטי אם לאו: אם הוא בנו – הריהו יורש אותו; ואם אינו בנו – אינו ראוי לירש אותו. אולם, להלן נראה שהעניין מורכב יותר.

ג. ייחוס הוולד אחר בעל הזרע

שאלת ייחוסו של מי שנולד מזרעו של אדם לאחר מותו נוגעת לעניינים רבים הן בתחום הדתי, כגון ייבום וחליצה⁵ ואיסורי עריות (כלומר

2. וראה י' גרין, "ולא תהא הביצית המופרית כעובר לדיני הירושה?", **מאזני משפט** א (תש"ס), עמ' 393.
3. לעניין זה, ראה בהרחבה א' שטינברג, **אנציקלופדיה רפואית הלכתית**, מהדורה שניה תשס"ו, כרך ב, עמ' 545, ערך הזרעה מלאכותית, ועמ' 817, ערך הפריה חוץ גופית.
4. ראה הרב ז"ג גולדברג, "על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרעו של רווק ונטילת זרע מן המת – שו"ת", **אסיא** סה-סו (תשנ"ט), עמ' 47, המתיר לשאוב זרע מן המת לצורך הפריית אשתו בהסכמה מפורשת או אומדן ברור שזהו רצון המת. וכן סבור גם הרב מ' הלפרין, "הזרעה מלאכותית לאחר מיתה – איסור והיתר", **ספר אסיא** יג (תש"ע), עמ' 119; "הזרעה מלאכותית לאחר מיתה", **בית הלל** ט (טבת תשס"ב), עמ' נה [=גמילות חסדים עם המת וקיום מצוות פרו ורבו בהזרעה מלאכותית לאחר מיתה", **ספר אסיא** יג (תש"ע), עמ' 153, בשינויים קלים]. לעומת זאת ראה הרב א"ז וייס, "הזרעה מלאכותית לאחר מיתה", **בית הלל** י (איר תשס"ב), עג. לדעתו, יש להימנע משימוש בזרעו של רווק שנפטר כדי להפרות אישה אחרת, והוא אף רואה בזה קלקול גדול, אך ספק אם זו דעתו בעניין הפריית אשת המת. וראה עוד הרב י"ב שפרן, "אבהות לאחר מיתה", **תחומין** כ (תש"ס), עמ' 347. לדעתו, אסור לשאוב זרע מגופת המת גם לצורך הפריית אשתו מטעמים של איסור הנאה מן המת וניווולו (ואין ברורה דעתו בשאלת השימוש בזרע מוקפא לאחר המוות). וראה עוד: מ' הלפרין, **רפואה מציאות והלכה** (מכון שלזינגר, ירושלים תשע"ב), סימנים כה-כו (שם ריכז הרב הלפרין את מאמריו בנושא); צבי רייזמן, **רץ כצבי**, מהדורה שניה, לוס-אנג'לס תשע"ו, סימן ב.
5. לכאורה, אם הוולד מתייחס אחר אביו הגנטי, כבר יש שם לאביו, ואמו אינה זקוקה עוד לא לייבום ולא לחליצה. אבל ראה שו"ת **נודע ביהודה**, מהדורה קמא, אבן העזר, סימן סט, שאין הדין כן. ולא זו בלבד, הוא מעלה סברה לפיה אפילו אם בא הבעל על אשתו ומת לפני הפרייתה (העשויה להתעכב עד שלושה ימים), אין האישה פטורה מן הייבום (אם כי הוא עצמו מסתייג מחומרא זה: "וכי בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה להמציא חומרא חדשה... וגם על פי הרוב הזרע נקלט בשעת עיקר התשמיש ולהכי לא חיישינן לזה"). השווה **קרוך אורה** ליבמות פז ע"א, ד"ה גמרא, הסבור שדי בביאה, אף אם לא נקלט הזרע אלא לאחר

האיסור שיישא הבן אישה מקרובות בעל הזרע) וכיוצא בזה, הן בתחום האזרחי, כגון זכות הבן לרשת מנכסי המת וכיוצא בזה.

שאלת ייחוסו של הבן אחר אביו נידונה בהקשר להזרעה מלאכותית הנעשית בחיי האב. אמנם חכמי התלמוד לא הכירו את שיטות ההפריה החדישות, אך הם דנו באפשרות שתתעבר אישה שלא באמצעות יחסי אישות אלא מזרע שנפלט באמבטי⁶. בדורות מאוחרים יותר מצינו מחלוקת בין הפוסקים בשאלת מעמדו של מי שנולד מאישה שנתעברה באמבטי: יש מי שאומר שהוולד מתייחס אחר אביו הגנטי לכל דבר ועניין⁷; יש מי שאומר שאינו מיוחס אחריו כלל⁸; ויש מי שמסתפק בעניין זה וסובר שאין הבן מיוחס אחרי אביו הגנטי אלא לחומרה⁹.

המוות, וכך נוקטים רוב הפוסקים. לדיון בדבריהם ולבירור השאלה אם הוא הדין גם כאשר החדרת הזרע נעשתה לאחר מיתה, ראה: הרב ש"י אוירבך, **נועם** א (תשי"ח), "הזרעה מלאכותית", עמ' קנה [=שו"ת **מנחת שלמה**, מהדורה תנינא (ב-ג), סימן קנד]; הרב ש' ישראלי, "אבהות בהזרעה שלא כדרכה", שו"ת **הוות בנימין**, חלק ג, סימן קז, עמ' תרפג; הרב מ' הלפרין, "מעמד הלכתי של הנולד מהזרעה מלאכותית לאחר מות אביו לענין יבום, ירושה, יוחסין ואיסורי קרובים", בתוך דברים שאין להם שיעור: על כיבוד אב ואם, אלון שבות תשס"ה, עמ' 159 [פורסם גם בספר **אסיא יג** (תש"ע) עמ' 130] (להלן: הלפרין, "מעמד הלכתי"); הרב מ' הלפרין, "דיני יוחסין, ייבום וירושה בנוולד מזרע קפוא שהופשר לאחר מות אביו", **אסותא**, ירושלים תשס"ו, עמ' של. וראה להלן, ליד ציון הערה 12 ואילך. דעת רוב הפוסקים היא שבהזרעה לאחר המוות אין האישה נפטרת מן הייבום (ראה להלן, ליד ציון הערה 17). אמנם השווה: הרב ד"מ רגנשברג, "דין בן שנולד בהזרעה מלאכותית", **הלכה ורפואה**, כרך ד, עמ' כו-כח; הרב יאיר, שו"ת דבריך יאיר, חלק ב (ירושלים, תש"ס), סימן לב, שלדעתם בן הנולד מהזרעה לאחר המוות פוטר את אמו מן הייבום. ולזה נוטה גם הרב צוויג, שו"ת **אהל משה**, חלק ג, סימן י. אבל אלה דעות מיעוט. וראה י' גרין, **פרו ורבו בעידן המודרני: משפט והלכה**, תל-אביב תשס"ח, סעיפים 127-130.

חגיגה טו ע"א.

רבים מן הפוסקים סבורים שבהתעברות על ידי קליטת זרע באמבטי או בסדין, הבן מתייחס אחר אביו ומביאים כראיה את אגדת בן סירא, שהתעברה אמו באמבטי, ונאמר עליו שהוא בנו של ירמיהו והוא מיוחס אחריו. ראה: **תשב"ץ**, חלק ג, סימן רסג (הדן באישה שילדה בת שלא מביאת בעלה, ואומר: "ואם נאמין לספרים חיצוניים, מצינו בספר בן סירא כי אמו נתעברה משכבת זרע של ירמיה באמבטי, וסירא בגימטריה ירמיהו, ובוהו הוכשרה הבת לבוא בקהל **ולירש בנכסי אביה**". לדחיית הגדה מזוהה זו, ראה הרב ר' מרגליות, קונטרס "עוללות", סימן יב, בסוף ספרו, **מחקרים בדרכי התלמוד**, ירושלים תשמ"ט); **חלקת מחוקק**, אבן העזר, סימן א, ס"ק ח. וראה דברי רבי יהונתן אייבשיץ בספרו **בני אהובה** על הרמב"ם, הלכות אישות, פרק טו, הלכה ו, האומר שפשיטא שהוולד הוא בנו לכל דבר. וראה גם **בית שמואל**, אבן העזר, סימן א, ס"ק י, המביא ראיה לייחוס הוולד מדברי ב"ח בשם הגהת סמ"ק מה"ר פרץ, האומר שהנשים מוזהרות מלשכב על סדינו של אדם אחר מחשש להתעברות מזרע שנפלט עליהם וחשש שיישא אח את אחותו מאביו, ומכאן הוא מסיק: "נשמע דהוי בנו לכל דבר". וכן מובא **במשנה למלך**, הלכות אישות, פרק טו, הלכה ד, המביא דין זה ואומר: "מהכא מוכח דהוי בנו לכל דבר, שהרי חששו שמא ישא אחותו מאביו". וכן כתבו: שו"ת **דברי מלכיאל**, חלק ד, סימן קז; **מחצית השקל**, יורה דעה, סימן קצה, ס"ק יב; שו"ת **ישכיל עבדי**, חלק ה, סימן י. וראה עוד: מ' שטרן (עורך), **הרפואה לאור ההלכה**, כרך א (ירושלים תש"ם), חלק ב, עמ' טו-יח; הרב ש' גורן, "הפריית מבחנה לפי ההלכה", **תורת הרפואה**, ירושלים תשס"א, עמ' 163; י' ריבלין, **הירושה והצוואה במשפט העברי** (ישראל תשנ"ט), עמ' 106.

ראה: **ברכי יוסף**, אבן העזר, סימן א, יד; **אבני משפט**, אבן העזר, סימן א, ס"ק יא; שו"ת **זקן**

כשהוצאת הזרע נעשתה במכוון לשם הזרעה, כפי שהוא בהזרעה מלאכותית ובהפריה חוץ-גופית (להבדיל מהתעברות שלא לדעת, כגון "נתעברה באמבטי"), לדעת רוב הפוסקים התינוק שנולד הוא בנו של בעל הזרע לכל דבר ועניין.¹⁰

אולם הדברים הללו אמורים בהזרעה שנעשתה בחיי בעל הזרע, ואילו אם נעשתה ההזרעה לאחר המוות יש שיקולים אחרים המעוררים ספק בשאלת ייחוסו של מי שנולד מהזרעה אחר מות בעל הזרע.

ואין צריך לומר שמי שפוסקים שמי שנולד מהזרעה מלאכותית בחיי אביו אינו מיוחס אחריו, סבורים שעל אחת כמה וכמה שיש לפסוק כן כשנעשתה ההפריה לאחר מות בעל הזרע. אך מי שפוסקים שהבן מיוחס אחר אביו בהזרעה מלאכותית מחיים, עשויים לפסוק אחרת בהזרעה לאחר מיתה. אף אם הוציא האב הגנטי את זרעו לרצונו מתוך כוונה להפרות את אשתו ומת לפני ההפריה, ייתכן שהמוות מנתק כל קשר בינו ובין זרעו עקב העובדה שהוא חדל מלהיות אישיות משפטית, וממילא אין לו ייחוס כלל. ובוודאי שיש מקום לומר כן אם ניטל הזרע מגופו של בעל הזרע לאחר מותו, בייחוד אם לא הביע את רצונו במפורש שיעשה כן.

כך למשל סבור הרב שאול ישראלי, לשעבר חבר בית הדין הרבני הגדול. לדעתו, בהזרעה מלאכותית הנעשית בחיי האב ספק אם הילד מתייחס אחר אביו, אבל בהזרעה לאחר המוות ודאי שהוולד אינו מתייחס אחר בעל הזרע לשום עניין.¹¹ וקל וחומר, כאמור, אם הוצא הזרע מגופו לאחר מותו.¹² וכך פוסק גם הרב משה שטרנבוך¹³: "שלא שייך שאדם מת נעשה אב".

אחרון, חלק ב, סימן צו; הגר"י בוימל, **עמק הלכה**, חלק ב, סימן י; שו"ת **משפטי עוזיאל**, אבן העזר, חלק ב, סימן יט; הרב מ"ש כשר, "ייחוס הילוד", **נועם** א (תשי"ח), עמ' קכה; הנ"ל, **תורה שלמה**, כרך יז, עמ' רמב (אם כי דעתו אינה חד-משמעית).
9. **ט"ז**, אבן העזר, סימן א, ס"ק ח, מבאר את דברי הר"ר פרץ, שהוולד נחשב בנו לחומרה, אך לקולה אף הוא מודה שאין הוולד הנוצר מהתעברות באמבטי חשוב בנו.
10. ראה: שו"ת **מנחת יצחק**, חלק א, סימן נ; שו"ת **ציץ אליעזר**, חלק ט, סימן נא; הרב י"י ויינברג, שו"ת **שרידי אש**, חלק א, סימן עט; הרב מ' פינשטיין, שו"ת **אגרות משה**, אבן העזר, חלק א, סימן י וסימן עא; הרב שלמה זלמן אוירבך, **נועם** א (תשי"ח), עמ' קנה, "הזרעה מלאכותית". הרב ע' יוסף, שו"ת **יביע אומר**, חלק ב, אבן העזר, סימן א, אות ג, מסכם את דעות קודמיו, וזה לשונו: "העיקר בזה כדעת האחרונים החלקת מחוקק והבית שמואל... ויתד היא שלא תמוט... וכל שכן בנידון דידן, שעל דעת כן הוא עושה, שנותן זרעו כדי שתעבר אשתו". וראה עוד מ' הלפרין, "הגדרת הורות וזכות איתור השורשים הביולוגיים", בתוך **דילמות באתיקה רפואית**, ירושלים 2002, עמ' 161-188.
11. הרב ש' ישראלי (לעיל, הערה 5). לדעתו, הלכות ייבום הן המקור לכל הדינים הנובעים מקרבה משפחתית. כלומר, בן הפוטר את אמו מחובת ייבום נחשב זרעו של אביו לכל דבר ועניין, ובן שאינו פוטר את אמו מחובת הייבום אינו נחשב זרעו של אביו לשום עניין. וראה להלן.

12. ראה הרב שפרן (לעיל, הערה 4).

13. **תשובות והנהגות**, חלק ו, סימן רמד: "מכל מקום בנדון דידן שהפרו מזרעו לאחר מיתתו יש לחשוש שאין הולד הנוצר נחשב בנו, דשמא כל המושגים שקבעה התורה באדם, כאבא

מעניינת היא ההוכחה שמביא הרב ישראלי מדיני ייבום לביסוס הכרעתו. כידוע, על פי דין תורה, מי שמת בלא בנים, אחיו מצווה לשאת את אלמנתו, והוא הנקרא "דין ייבום". התלמוד קובע¹⁴ שאם היה למת בן בשעת מותו ומת לאחר מכן, כבר פקעה מאשתו חובת הייבום, מפני שאפשר שכבר התחתנה אשת המת כדין עם גבר אחר, ואילו הייתה חייבת בחליצה, הדבר עשוי היה להביך אותה כלפי בעלה, תוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם העיקרון הגדול המקובל בהלכה "דרכיה דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום" (משלי ג, יז)¹⁵. לדעת הרב ישראלי, עקרון "דרכיה דרכי נעם" מחייב לקבוע, ואף ביתר שאת, שאם נתחייבה אישה אלמנה להתייבם בשעת מות בעלה, שוב אין לפטור אותה מחובה זו אף אם ייוולד ילד מזרע בעלה שמת, שאם לא כן, יש להכריז על בניה שנולדו לה מן היבם שהם ממזרים! מכאן הוא מבקש להוכיח שהילד הזה אינו מיוחס אחרי אביו הגנטי המת ולהסיק מדיני ייבום גם לשאר דיני התורה שמי שנולד מהזרעה שלאחר המוות "אינו נחשב קרוב לשום דבר, כולל דיני עריות, דהיינו אחוה, וכל כיו"ב, כי אין לו שייכות לאב ולמשפחתו לשום ענין".

לעומתו, יש מי שפוסקים שגם מי שנולד בהזרעה או בהפרייה לאחר מות בעל הזרע מתייחס אחריו. הם מסכימים שבן זה אינו פוטר את אמו מן הייבום, אך סבורים שאין זיקה הכרחית בעניין זה בין הירושה לבין הייבום¹⁶. כך למשל הרב שלמה זלמן אויערבאך¹⁷ (שהוא למיטב ידיעתי הראשון שדן באפשרות ההולדה לאחר מיתה, ודאי בספרות ההלכתית אם לא בספרות המשפטית הכללית) סובר שגם אם מת האב לפני החדרת הזרע לרחמה של אלמנתו, אף אם האישה חייבת בייבום, הבן הנולד לה מזרע בעלה המת מתייחס אחר אביו הגנטי ו"נקרא יורש". וזה לשונו:

ומכל מקום נראה, במי שהוציא את זרעו לתוך כלי ומת בלא בנים לפני שהכניסו את הזרע לתוך רחם האשה, דאף על גב שנתעברה

ואמא יהודי ונכרי וכו', קבעה כן התורה רק באדם החי בגוף, אבל כשאינו חי בגוף אינו בכלל אדם ולא שייך בו כל השמות שקבעה התורה באדם. ולכן בנדון דידן שהולד נוצר מזרע לאחר מיתת בעל הזרע, אין בעל הזרע יכול להיעשות אביו, שלא שייך שאדם מת נעשה אב".

14. יבמות פז ע"ב.

15. ראה רש"י, שם, ד"ה דרכיה.

16. וכדברי התלמוד: "מידי יבום בנחלה תלה רחמנא?!" (יבמות מ ע"א). דברים אלה נאמרו בתלמוד להצדקת שיטת רבי יהודה (שלא נתקבלה להלכה), לפיה אם עדיין אביו של האח המת בחיים, הוא יורש את בנו המת ולא אחיו היבם. פוסקים אלה סבורים ככל הנראה שכשם שירושת האב אינה פוטרת את האלמנה מן הייבום, כן זכות הירושה של הבן שהורתו לאחר מיתה אינה פוטרת אותה מן הייבום, ובזה נדחית ראייתו של הרב ישראלי המבוססת על ההנחה המנוגדת לה: "יבום בנחלה תלה רחמנא" (יבמות כד ע"א). על הסתירה לכאורה הזאת בין הסוגיות, ראה **חידושי הרשב"א**, יבמות קח ע"א, ד"ה א"ר יהודה. וראה הלפרין, "מעמד הלכתי" (לעיל, הערה 5), אות יב.

17. לעיל, הערה 5.

אחר כך וילדה ולד של קיימא אפילו הכי חייבת ביבום, משום **דאף שהולד מתיחס אחריו והוא בנו לכל דבר**, מכל מקום כיון דבשעה שמת בעלה עדיין מחוסר מעשה של הכנסת הזרע לגופה, מיד כבר חל עליה חובת יבום. **ואף שלענין ירושה שפיר נקרא יורש**, היינו מפני שדין ירושה לא תלוי דוקא בשעת מיתה ויכול שפיר [=היטב] לחול עליו **שם יורש גם זמן רב לאחר מיתת המוריש**¹⁸.

הרב אויערבאך אינו מתייחס בדבריו לאפשרות של **נטילת זרע** לאחר המוות, אבל חתנו, הרב זלמן נחמיה גולדברג¹⁹ (גם הוא חבר בית הדין הרבני הגדול לשעבר), מתייחס לעניין זה במפורש. ואלה תשובותיו לחברי הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים:

שאלה: האם מותר לשאוב זרע מכיס האשכים של גבר מת על מנת להפרות את אישתו ולהשאיר לו זכר בעולם?

תשובה: ללא הסכמה של הנפטר, כמובן שהדבר אסור. אך אם קיימת הסכמה מפורשת או אפילו אומדן ברור שזה רצונו, אז אין בכך איסור. נציין, שעל פי ההלכה צריך סיבה כדי לאסור, וללא סיבה כזו המצב הטבעי הוא היתר. לענין זה נוגעת גם העובדה שהתורה החשיבה מאד את הרצון האנושי להשארת שם וזכר בעולם, כפי שניתן ללמוד מפרשת ייבום.

18. הרב אויערבאך מסיק זאת משיטת חכמים במחלוקתם עם רבי יוסי בדבר מעמדו של עופר כיוורש ("כמו למאן דאמר שאין זכיה לעובר אפילו בירושה דממילא, ואפילו הכי שפיר חייל עליו שם יורש גם לאחר מיתת האב"). לדעת חכמים עובר אינו יורש והוא הופך ליורש רק **אחר שנולד** (על מחלוקת זו ראה **נספח**). לדעת רש"ז אוירבך, הרי לפנינו הוכחה לאפשרות שמי שלא היה בגדר יורש בשעת מות המוריש (העובר במעי אמו) נעשה יורש לאחר זמן (לכשנולד), והוא הדין במי שנולד כתוצאה מהפריית אישה בזרע המת. ואולם הוכחה זו בעייתית. אף אם מניחים שהנולד מהריון שהחל בחיי המוריש יורש מכאן ולהבא ולא למפרע (ראה על כך בנספח), ספק רב אם ניתן להסיק מכאן שהוא הדין במי שנולד כתוצאה מהפרייה בזרע מן המת עד כדי חלוקה מחדש של העיזבון, שכן הבדל גדול יש בין השניים: עובר עתיד להיוולד בדרך הטבע ועל כן **יש לו כבר זיקה לירושה** (וזה כנראה הסיבה שהוא קונה את זכויות הירושה אחרי מות המוריש, עד כדי חלוקה מחדש של העיזבון, כפי שהסבירו רוב האחרונים, ראה נספח), מה שאין כן זרע המת, שבעת פטירת המוריש לא היה לו זיקה לירושה, ומניין חידוש זה שיכול לבוא לעולם יורש מזרע זה **שלא היה לו זיקה לירושה** בשעת מות המוריש, והוא יחייב חלוקה מחדש של העיזבון? (וכך העיר גם הרב משה מרדכי פרבשטיין, "ירושת עובר וירושת הנולד מהפרייה מלאכותית לאחר מיתה", אסיא צז-צח (תשע"ה), עמ' 55, בעמ' 60). להלן, ליד ציון הערה 28, אף נביא הוכחה בהיקף לדין ירושת מומר, שאכן יורש שלא היה לו זיקה למוריש בשעת מותו, אין בכוחו להביא לחלוקה מחדש של העיזבון שכבר זכו בו יורשים אחרים, ולמעשה הוא מגיע לקופה ריקה. ואולי לא התכוון הרב אויערבאך אלא שהנולד מזרע המת נעשה יורש מכאן ואילך (על כן הוא יזכה לדוגמה בירושת הסב שנפטר אחרי לידתו), ולא שבכוחו להביא לחלוקה מחדש של עיזבון אביו בעל הזרע (ראה להלן, ליד ציון הערה 30).

19. לעיל, הערה 4.

השואלים מניחים כדבר מובן מאליו שבן שנולד מתרומת זרע מן המת יורש את אביו, ולכן הם שואלים עוד:

האם יש מעמד להתנגדות יורשים חוקיים של הנפטר המתנגדים ליצירת יורש חדש שינשלם מירושתם?

והרב משיב:

לירשים אחרים של הנפטר אין שום מעמד בשאלה זו.

לדעת הרב גולדברג, מותר אפוא לשאוב זרע מן המת כדי להפרות את אשתו (ובלבד שהדבר נעשה בהסכמתו המפורשת של המת מחיים או מאומדן דעת ברור שזה היה רצונו), והנולד בדרך זו יורש את אביו.²⁰

ד. ייחוס הולד באם פונדקאית

גם במקרה של אם פונדקאית, כשמתה בעלת הביצית לפני שהופרתה הביצית או הושתלה ברחמה של האם הפונדקאית, יש להידרש לשאלה מה דין הולד לעניין ירושתה.

גם כאן שאלת הירושה תלויה לכאורה בייחוסו של הבן אחר אמו. בשאלת ייחוסו של הנולד מאם פונדקאית הובעו כל הדעות התאורטיות האפשריות: יש מי שסבורים שהאימהות נקבעת על פי הלידה דווקא, והאם הפונדקאית היא אמו של הולד²¹; יש מי שסבורים שהאימהות נקבעת בשעת ההפריה, והאם הגנטית היא אמו של הולד²²; ויש מי שסבור שהולד אינו מתייחס לא לאם הביולוגית ולא לאם הפונדקאית, משום שהפריה אינה

20. ולא ניתן לסייג את דבריו כפי שהצענו לעיל, סוף הערה 18, בדברי הרב אויערבאך. הרב הלפרין ("מעמד הלכתי", לעיל, הערה 5), המאמץ מסקנה זו, דן באריכות בשאלה מי קודם לירשת המת, הבן הנולד בהזרעה לאחר המיתה או היבם. כפי שכבר ראינו (לעיל, הערה 5), אף על פי שהבן מתייחס אחר אביו הביולוגי, אשת המת אינה פטורה מן הייבום, והדין הוא שמי שמייבם את אלמנת אחיו המת יורש את נכסיו (ראה: **משנה**, יבמות ד, ז; **רמב"ם**, הלכות נחלות, פרק ג, הלכה ז; **שולחן ערוך**, אבן העזר, סימן קסג, סעיף א). והשאלה העולה היא אפוא: זכותו של מי מהם קודמת? לדעתנו, אף אם הבן יורש תאורטית (דבר שאינו נקי מספקות כלל, כפי שראינו לעיל), מעשית אין מקום לדיון זה, מפני שחלוקת הירושה נקבעת בשעת מיתת המוריש, ובאותה שעה עדיין לא היה בעולם. ראה להלן, ליד ציון הערה 26, והוא כעין מה שהעיר הרב א' נבנצל לרב הלפרין, שם, הערה 59.

21. ראה: שו"ת **ציץ אליעזר**, חלק יט, סימן מ (ונראה שחזר בו ממה שפסק בחלק טו, סימן מה); הרב ז"ג גולדברג, "ייחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת", **תחומין** ה (תשמ"ד), עמ' 248 (וראה תגובתו להערות העורך, שם, עמ' 269 ואילך); הרב א"י הלוי כלאב, "מיהי אמו של ילוד, ההורה או היולדת", שם, עמ' 260.

22. ראה הרב ש' גורן, "השתלת ביצית מופרית מאישה לאישה", **תורת הרפואה**, ירושלים תשס"א, עמ' 173. וראה א' ורהפטיג, "קביעת אימהות – בשולי הדברים", **תחומין** ה (תשמ"ד), עמ' 268. לדעה זו נוטה גם הרב י' אריאל, "הפרייה מלאכותית ופונדקאות", **תחומין** טז (תשנ"ו), עמ' 177-178. בתש"ע נתפרסם שכך נוקטים גם הרב ע' יוסף והרב י"ש אלישיב, ראה מכתב התשובה של הראש"ל הרב ש"מ עמאר לפרופ' ר"ח גראזי, "דיני ייחוסין כשהאם הפונדקאית נוכריה – שו"ת", **אסיא** פז-פח (תש"ע), עמ' 101.

[וכן כתב הג"ר מאיר בראנסדורפער, "בענייני תרומת ביצית זרה ודיים ייחוס הולד", **ישורון** כא, תקנו-תקסד. -- העורך].

כדרך הטבע, אלא מחוץ לגופה של האישה, ולוולד שנולד אין למעשה אם²³; ויש מי שפסק שיש ספק בשאלת האימהות, ולכן ראוי להתייחס לשתי הנשים כאימהות של הוולד לחומרה²⁴.

לדעת מי שסבורים שהאם הפונדקאית היא אמו של הוולד וכן לדעת מי שסבורים שאין לוולד הזה אם או שיש לו אם רק לחומרא, שאלת ירושת האם הביולוגית לאחר מותה אינה מתעוררת, אך לדעת מי שסבורים שאמו של הוולד היא האם הביולוגית בעלת הביציות, שאלת הירושה תלויה לכאורה בדעות הפוסקים שהבאנו לעיל בשאלת ייחוסו של הוולד לאחר מות ההורה.

ה. סיום ומסקנות

לאור הדברים שאמרנו לעיל, ניתן לקבוע כי שאלת ייחוסו של מי שהייתה הורתו לאחר מות אביו או אמו הביולוגיים שנויה במחלוקת הפוסקים. אמנם יש פוסקים חשובים הסבורים שהוולד מתייחס אחר בעל הזרע או בעלת הביצית, אולם אין די בכך כדי להכיר בזכותו לרשת את ההורה שמת יחד עם שאר היורשים, מפני שמבחינה הלכתית אינו אלא ספק יורש, ושאר היורשים יכולים לסלקו מן הירושה בטענת "אין ספק מוציא מידי ודאי"²⁵, והרי אינו יכול להוכיח שההלכה היא כדעת הפוסקים שהוא מיוחס אחרי ההורה הביולוגי כל זמן שלא הוכרעה השאלה על ידי גוף הלכתי מוסמך.

זאת ועוד. דומה שאף אם יוכרע שמי שהייתה הורתו אחרי מות המוריש מיוחס אחריו, עדיין יש ספק אם אמנם יש לו זכות בחלק מן הירושה, אם הותיר המוריש יורשים על פי דין²⁶, שהרי כלל הוא במשפט העברי שהשעה הקובעת להעברת הירושה היא שעת מיתת המוריש, והלא באותה שעה הבן הזה לא היה בר ירושה, שהרי עדיין לא היה בעולם, אף לא כעובר, ועם בואו לעולם הוא מוצא קופה ריקה²⁷.

23. ראה: שו"ת ציץ אליעזר, חלק טו, סימן מה (אבל השווה פסיקתו המובאת לעיל, הערה 21); הרב י' גרשוני, "תינוקת המבחנה הראשונה בעולם לאור ההלכה", אור המזרח כז (תשל"ט), עמ' 15.

24. ראה: ד' לב, "תינוק מבחנה – מעמד האם הפונדקאית", עמק הלכה ב (תשמ"ט), עמ' 163, 169; הרב י' בן מאיר, "הורות משפטית והורות גנטית בהלכה", ספר אסיא ח (תשנ"ה), עמ' 73. [וכן פסק הג"ר שלמה זלמן איערבאך והגרש"ז אלישיב. הובאו דבריהם ברפואה מציאות ההלכה סימן כד פרק יח. וכן דעת הגר"ע יוסף כפי שהוכיח הרב אריה כץ, באסיא צט-ק, עמ' 101-108, ובהשלמה שהוסיף באסיא קא-אב, עמ' 85-86. -- העורך].

25. ראה: יבמות לח ע"א; רמב"ם, הלכות נחלות, פרק ה, הלכה ה; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קסג, סעיף ו.

26. והלא ידוע שאין לך אדם מישראל שאין לו יורשים (רמב"ם, הלכות נחלות, פרק א, הלכה ג), פרט לגר, שאפשר שימות ואין לו יורשים (קידושין כב ע"ב).

27. אמנם פוסקים רבים נוקטים כשיטת חכמים (לעיל, הערה 18) שעובר אינו יורש, ואף על פי כן מוסכם על הכל שעם לידתו אין הוא מגיע לקופה ריקה, וזאת גם למי שנוקט (כמו הרמ"ה)

כיוצא בזה מצאנו בעניין מומר. יש מי שסבורים שהמומר אינו יורש את אביו **מדאורייתא** (ולא רק כקנס מדרבנן). לשיטתם, אף אם חזר בתשובה לאחר מות אביו, הוא אינו יכול לבקש לפתוח את תיק הירושה, כיוון שלא היה בר ירושה בשעת מיתת המוריש²⁸. והוא הדין, כך נראה, על אף ההבדל ביניהם, בעניין מי שנולד מהזרעה לאחר מיתה, מאחר שבשעת מיתת המוריש עדיין לא היה קיים, ובוודאי לא היה בר ירושה²⁹. ואף על פי

שהוא יורש מכאן ולהבא ולא למפרע (ראה נספח). הרמ"ה מסביר: "וכי תימא [=ואם תאמר] כיון דעובר לית ליה זכייה עד שילד, אם כן בן שנולד לאחר מיתת אביו אמאי ירית ליה לאבוה כלל, הא ליתיה בשעת מיתת אביו דליקני?!" (היא שאלת הקופה הריקה). והוא עונה: "איש כי ימות ובן אין לו אמר רחמנא, מכל מקום בן קודם, אלמא גבי ירושה... לאו בדאיתיה בשעת מיתה תלא רחמנא [=אם כן, לגבי ירושה לא תלתה התורה בקיומו בשעת מיתה], אלא כל היכא דאיתיה ליורש לאחר מיתת מורישו ירית ליה למורישו [=אלא כל מקום שיש יורש לאחר מיתת מורישו, יורש הוא את מורישו]" (**יד רמ"ה**, בבא בתרא, פרק ט, סימן כט). אולם, וודאי דבריו אמורים דווקא במי שהורתו החלה בחיי המוריש ובדרך הטבע עתיד להגיד לאווריר העולם, ולא במי שהורתו החלה אחרי מות המוריש, שבאותה שעה לא הייתה לו כל זיקת ירושה אליו. וכפי שעולה מדברי האחרונים בהסברם מדוע הנולד אחרי מות אביו אינו מוצא קופה ריקה, כדוגמת שו"ת **שאלת דוד**, אבן העזר, סימן ל, אות א, המסביר שמאחר שידוע שהעובר עתיד להיוולד, לא הפקירה התורה את חלקו לשאר היורשים (ומתלבט אם "התורה שעבדה את יתרו היורשים שיקנו הם חלק העובר על מנת להקנותו להעובר לאחר שיצא חי לאויר העולם", או ש"יצון התורה שיהיה חלקו מוטל כך, ואינו שייך לשום אדם ואין שום אדם יכול לזכות בחלקו של העובר, שהתורה אסרה זה ויהיה חלקו כך בלא שום זכייה ובעלים... עדי יצא העובר חי לאויר העולם, ואז יזכה בכוח התורה שזיכתה לו תיפק כשיצא לאויר העולם"). וכפי שנרחיב בנספח.

28. ראה שו"ת **הרד"ך**, בית כר, חדר ב; שו"ת **דברי ריבות**, סימן שע; שו"ת **מהרי"ט**, חלק ב, חושן משפט, סימן מא. אמנם שו"ת **עדות ביעקב**, סימן עב, עולה שהוא יורש, אבל מן הטעם שהוא בר ירושה אלא שהתורה קנסה אותו והדירה אותו מן הירושה כל זמן שהוא מומר. ואפשר אפוא שגם הוא יסכים שמי שנולד בהזרעה לאחר המוות אינו יורש, מפני שבשעת מות המוריש עדיין לא היה בר ירושה. ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך כה, ערך ירושה, ליד ציון הערה 949. תודתי לרב אלי הללה [ל], שהפנה אותי למקורות אלה.
29. א. והשווה תיק (אזורי באר-שבע) 1063670/1 (פורסם בנבו, 2.3.2016), פסקה ו לפסק דינו של הרב ציון לוז [=זכותם של עוברים מוקפאים בצו ירושה], **אסיא** קג-קד (תשע"ז), עמ' 89. הרב לוז דוחה היקש זה, משום שלדעתו יש להבחין בין מומר שנשללה ממנו ירושה (ועל כן אינה חוזרת אליו גם אחרי חזרתו בתשובה), ובין הנולד מביצית מופרית **שלא היה בר ירושה** כלל בשעת מות המוריש, ולא נשללה ממנו ירושתו, ועל כן אפשר שהוא זוכה בה כשנולד. הסתייגותו של הרב לוז מבוססת על ההנחה ששלילת הירושה מן המומר יסודה בקנס ("שהכל הוא לתא דקנסא, ולכן, בדין הוא שלא יחזור לאיתנו הראשון, וזו היא תשובתו הרמתה לאביו שבשמים, שלא יקבל דבר מירושת מורישו"). אולם מלשון מהרי"ט (לעיל, הערה 28) ברור שלא כך הבין את שיטת הגאונים השוללת ירושה מן המומר, אלא הטעים **שאינו בר ירושה בשעת מות המוריש** ("לטעמך של גאונים שאמרו דמומר לא ירית מן התורה, היינו דכיון דממן שלו וגופו מופקע היאך יזכה במה שעדיין לא זכה?! ... אפילו אי הדר בתשובה אחר כך לא זכה, כיון דבשעת נפילה לאו בר זכיה הוא"). אמנם למאן דאמר שעובר לא יורש והוא זוכה בירושה משעת לידתו **למפרע**, יש אכן להבחין בין מומר לעובר (וכפי שהעיר הרב פרבשטיין, לעיל, הערה 18, בעמ' 59), משום שבשעת הורתו העובר היה בר ירושה, מה שאין כן המומר. אבל היא הנותנת שהנולד מודע המת, שלא היה קיים בשעת פטירת המוריש ולא היה אפוא בר ירושה, דינו כמומר ולא כעובר. הרב לוז מוסיף שההיקש לדין ירושת מומר דווקא תומך בשיטתו, שכן לפי חלק מן השיטות כשהמומר חוזר בתשובה הוא זוכה בירושתו, ואם כן ניתן להקיש מכאן שגם הנולד מביצית מופרית יזכה לרשת, אף שבא לעולם אחרי מות המוריש. לדעתנו אין ההיקש עולה יפה,

שתאורטית הוא נעשה יורש עם לידתו, מעשית אינו יורש את המת, מפני שבשעת הלידה קופת העיזבון כבר ריקה³⁰. עם זאת, אין לשלול אפשרות שהוא יירש בנכסים שיפלו בירושה לאחר מכן (כגון שהסב נפטר לאחר שהולד כבר נולד).

אפשר אמנם שיש מקום לתקן תקנה שתקבע שהעיזבון אינו עובר לרשות היורשים כל זמן שלא ניתנה הזדמנות להקים למת צאצא, אלא שתקנה מעין זו, אם בכלל, ראוי שתגביל את האפשרות הזאת בזמן, כדי שלא לפגוע יתר על המידה בוודאות המשפטית של שאר היורשים ובאפשרותם לממש את זכויותיהם בירושה.

ואכן כך מוצע בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (הקודקס האזרחי), סעיף 697(3), המגדיר מיהו כשר לרשת את המוריש:

(3) מי שהורתו היתה אחרי פטירתו של המוריש, מתאי הרבייה שלו, ובלבד שמתקיימים לגביו שניים אלה:

- (א) הוא נולד בתוך שלוש שנים מיום פטירתו של המוריש;
- (ב) המוריש הביע הסכמתו המפורשת, בכתב, כי אחרי פטירתו ייולד מתאי הרבייה שלו לכן זוגו, או שציווה את עיזבונו לילד שייוולד מתאי הרבייה שלו, אחרי פטירתו, לכן זוגו.

כל זמן שלא תוקנה תקנה מעין זו, רק בנו יחידו של גר שנולד בטכניקה זו עשוי לרשת את אביו המת, מפני שרק לו אין יורשים אחרים³¹.

שכן לדעות אלו מאחר שידוע שהמומר עשוי לזכות בחלקו בירושה אם יחזור בתשובה, מפיקדים את חלקו בבית דין עד אשר יחזור בתשובה (**שולחן ערוך**, חושן משפט, סימן רפג, סעיף ב), כלומר הירושה תלויה ועומדת. דווקא הבנה זו מחזקת את ההנחה שיש להבחין בין עובר שבהתהוות שאצלו הירושה תלויה ועומדת, לעומת זרע המת שאין לו שם יורש כלל. ראה בהרחבה בנספח.

ב. הרב לוו (שם) מבקש להביא ראיה נוספת לגישתו מדין יבום, שכן יבם יורש את אחיו המנוח, אך הוא הופך ליורש רק בעת הייבום ולא בעת מות אחיו. אולם יש לדחות גם היקש זה בין יבם ובין הנולד מזרע המת, וזאת משתי סיבות: (א) היבם היה בעולם בעת מות אחיו, וכבר אז נוצרה זיקה בינו ובין הנכסים, לעומת הנולד מזרע המת שלא היה קיים כלל בשעת מות המוריש; (ב) היבם אינו יורש את נכסי אחיו אלא זוכה בהם מכוח כניסה לנעליו בגזירת התורה (ראה שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קסג, סעיף א), ואין להקיש מכאן אפוא לעניין זכויות הירושה של הנולד מזרע המת.

30. אמנם ההלכה היא שאם מתגלה יורש שקיומו לא היה ידוע בשעת חלוקת העיזבון, תיק הירושה נפתח והעיזבון מתחלק מחדש בין כל היורשים (ראה: בבא בתרא קו ע"ב; **רמב"ם**, הלכות נחלות, פרק י, הלכה א; **שולחן ערוך**, חושן משפט, סימן קעה, סעיף ג), אולם אינה דומה לחלוקה בטעות ליצירת יורש חדש (במיוחד לאור העובדה שתאורטית יצירת היורש החדש יכולה להידחות אף לכמה דורות).

31. לכל הפחות כל זמן שלא הקדים מאן דהוא זוכה בנכסי הגר, ואפשר אף לאחר מכן.

נספח – זכויות הירושה של עובר

בדברינו לעיל³² הזכרנו שלושה עניינים הנוגעים לדין עובר, בתגובה למי שביקשו להקיש מדין עובר לדין מי שנולד מזרע המת, בכל הנוגע לזכויות ירושה: (1) מחלוקת התנאים בשאלה אם עובר יורש בעודו עובר; (2) בהנחה שעובר אינו יורש בעודו עובר, האם הנולד אחרי פטירת מורישו זוכה בירושה למפרע משעת הורתו, או שזוכה הוא בה רק מכאן ולהבא?; (3) בהנחה שהנולד זוכה בירושה רק מכאן ולהבא, כיצד ניתן להבין שאינו מוצא קופת עיזבון ריקה, שהלא לכאורה עם מות המוריש כבר זכו היורשים הקיימים בירושה. בנספח זה נבקש להרחיב בעניינים אלו³³, כדי לבסס את עמדתנו שאין מקום להקיש בין עובר ובין הנולד מזרע המת.

א. עובר כירוש – מחלוקת התנאים

התלמוד במסכת יבמות³⁴ מביא מחלוקת בין רבי יוסי לחכמים בשאלה אם עובר יורש. כרקע להבנת מחלוקת תנאים זו נזכיר, שעל פי ההלכה רשאים לאכול "תרומה" (המופרשת לכוהנים מגידולי הקרקע) רק כהן, אשת הכהן (אף שאינה ממשפחת כהונה) ועבדיו הכנעניים (מכוח היותם קניין כספו). התנאים נחלקו בשאלה מה הדין בכהן שמת והניח אישה מעוברת, ויש בעיזבונו עבדים כנעניים, האם רשאים הם לאכול בתרומה עוד לפני לידת היורש? רבי יוסי עונה על כך בשלילה, וזה לשון המשנה³⁵: "בת ישראל שניסת לכהן ומת, והניחה מעוברת, לא יאכלו עבדיה בתרומה מפני חלקו של עובר, שהעובר פוסל ואינו מאכיל, דברי רבי יוסי". כלומר, לדעת רבי יוסי, עבדי העיזבון אינם רשאים לאכול בתרומה, משום שלעובר יש כבר מעמד של יורש, אבל אין בכוחו להתיר להם אכילת תרומה, ולו משום ש"עובר במעי זרה – זר הוא"³⁶. מהתלמוד עולה שחכמים חולקים על רבי יוסי. לדעתם, העובר אינו בגדר יורש אלא אחר שנולד, ומשום כך העבדים רשאים לאכול בתרומה מכוח היותם קניין כספם של יורשיו האחרים של המוריש שאף הם כוהנים.

במסכת בבא בתרא³⁷ מובא דיון אחר הנוגע לירושת עובר. התלמוד דן בגר שהיה נשוי ומת בלא יורשים. מאחר שבהעדר יורש הפכו נכסי הגר להפקר, החזיקו בהם אחרים מתוך כוונה לזכות בהם. משנודע להם שאשת המנוח מעוברת החזירו את הנכסים, אלא שהיא הפילה ושוב נמצא כי אין יורש

32. לעיל, הערות 18, 27, 29.

33. וראה ביתר הרחבה אנציקלופדיה תלמודית, כרך כה, ערך ירושה, עמ' קעג-קפא.

34. יבמות סז ע"א.

35. משנה, יבמות ז, ג.

36. יבמות סז ע"א. התלמוד מעלה נימוק אפשרי נוסף "ילוד מאכיל, שאינו ילוד אינו מאכיל",

אך אין כאן המקום לדון בכך.

37. בבא בתרא קמב ע"א.

והנכסים הפקר. ונשאלת השאלה, האם הועילה ההחזקה בנכסים שהייתה בעוד העובר במעשי אמו? אם עובר יורש, לא הועילה ההחזקה שכן הנכסים לא היו הפקר כי אם ברשות העובר, אך אם עובר אינו יורש נמצא שההחזקה הועילה.

להלכה נחלקו הראשונים בהכרעת שאלה זו, הרי"ף וסיעתו³⁸ פוסקים שעובר אינו יורש, ולעומתם הראב"ד וסיעתו³⁹ פוסקים שעובר יורש.

ב. לפוסקים שעובר אינו יורש, האם הנולד יורש מכאן ולהבא או למפרע?

ונשאלת השאלה: לשיטת חכמים לפיה עובר אינו יורש אלא לאחר לידתו, האם זוכה הוא בירושה למפרע משעת הורתו? או שזוכה הוא בירושה רק מכאן ולהבא? בעניין זה נחלקו הדעות.⁴⁰

התוספות⁴¹ מניחים כדבר פשוט, שאם יש עבדים בעיזבון המת, העובר יזכה במעשי ידיהם כשייוולד משעת מות המוריש, ומכאן לכאורה שהוא זוכה בנכסי המוריש למפרע⁴² (אם כי התוספות אינם אומרים זאת במפורש⁴³). וכך עולה לכאורה גם מדברי הרשב"א, הקובע שאף שעובר אינו יורש, יש להעמיד אפוטרופוס שיגן על חלקו⁴⁴.

38. רי"ף, יבמות כב ע"ב (ברפי הרי"ף). לחבריו בדעה זו ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, שם, הערה 733.

39. **השגות הראב"ד**, הלכות תרומות, פרק ח, הלכה ד. לחבריו בדעה זו ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, שם, הערה 724.

לסקירת שיטות נוספות, ראה שם, עמ' קעו-קעז.

40. ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, שם, עמ' קעט-קפ.

41. **תוספות**, יבמות סז ע"א, ד"ה אוכלין: "וקצת תימה דהא מסתמא מעשה ידיהם עד שיוולד הוא לעובר ולא לבני משפחה". התוספות תמהים, כיצד חכמים מתירים לעבדים לאכול בתרומה; אמנם לדעתם העובר אינו יורש ומבחינה זו העבדים שייכים ליורשים האחרים שהם כוהנים ומכוחם הם רשאים לאכול בתרומה, אבל וודאי חכמים מסכימים שהעובר זוכה במעשי ידיהם של העבדים כבר מעת המיתה, ומבחינה זו הם ברשות העובר, ועל כן תמוה כיצד התירו להם בכל זאת לאכול בתרומה? התוספות לא ענו על תמיהתם. מהעובדה שהתוספות לא ענו על תמיהתם, הרב לוז (לעיל, הערה 29, פסקה ד) מבקש להסיק שהם חזרו בהם מהנחתם, ונקטו להלכה שהעובר אינו זוכה במעשה ידיהם של העבדים, ומכאן שדעתם שהעובר אינו יורש למפרע אלא מכאן ולהבא. אולם, הסבר זה בדעת התוספות דחוק, שכן לא סביר שהתוספות יחזרו בהם מההנחה הפשוטה שעמדה בבסיס תמיהתם על דין אכילת תרומה ("מסתמא"), ולא יעירו על כך במפורש. וראה הערה הבאה.

42. **טהרת אוזב**, בספר אגודת אוזב (בורנשטיין), ערך זכיה וקניין לעובר, אות ה, ד"ה לכך נראה. **הב"ח**, חושן משפט, סימן רי, ס"ק ב, תולה את שאלת הזכיה בפירות בשאלת מעמדו של עובר כיוורש. לדבריו, רק אם עובר יורש זוכה הוא בפירות שצמחו עד הלידה, ואם אינו יורש אינו זוכה בהם. אולם כאמור קביעה זו אינה מתיישבת עם דברי התוספות, לפיהם חכמים מסכימים בוודאי שהעובר זוכה בפירות אף שאינו יורש בעודו עובר. ומכאן, שהתוספות העלו כנראה את האפשרות של ירושה למפרע (וכפי שהעיר **חלקת יואב**, חו"מ, סימן יא, ד"ה ונלע"ד). האחרונים הציעו הסברים שונים כיצד מתיישבת זכיותו של העובר בעיזבון למפרע עם ההיתר שנתנו חכמים לעבדים לאכול בתרומה (ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, שם, ליד ציון הערה 770). והשווה שיטת הרמ"ה, להלן, ליד ציון הערה 49.

43. ואכן להלן, ליד ציון הערה 51, נראה שאפשר להציע דרך אחרת בהסבר דברי התוספות.

44. שו"ת **הרשב"א**, חלק ב, סימן שעא (וראה **חלקת יואב**, חו"מ, סימן יא, שהכוונה להגנה גם על הפירות שמניב חלקו). אולם אין הכרח לפרש כך את דבריו, ואפשר שדעתו שהוא זוכה בירושה

וכך נוקטים חלק מן האחרונים, ובהם אור שמח⁴⁵ ומרחשת⁴⁶. הראיה המרכזית לשיטה זו היא הסוגיה שהזכרנו לעיל⁴⁷ בעניין גר שמת והותר אחריו אישה בהריון. בסוגיה מבואר, שוולד שנולד לאחר מיתת הגר זוכה בנכסי הגר ואם החזיקו בהם אחרים, עליהם להחזירם לו. אם הוא היה זוכה בהם רק מכאן ולהבא, אין הדבר מוכן מדוע יש בכוחו להוציא את הנכסים ממי שכבר זכו בהם, שכן, בעת מיתת הגר, הנכסים לא היו בבעלותו אלא היו הפקר. מן ההלכה שהוולד זוכה בנכסים – הלכה המקובלת גם על מי שנוקט שאין עובר יורש – יש להוכיח לכאורה שהוולד זוכה בנכסים למפרע⁴⁸.

לעומת דעות אלו, הרמ"ה⁴⁹ קובע מפורשות שהעובר זוכה בירושה רק מכאן ולהבא, כשנימוקו הוא שאם היה זוכה בה למפרע, לא היו מתירים לעבדים לאכול בתרומה (וכפי שהוסבר לעיל⁵⁰ בדעת רבי יוסי הנוקט שעובר יורש).

ג. לפוסקים שהנולד זוכה בירושה מכאן ולהבא, מהו יסוד ההגנה על חלקו בעיזבון?

ועתה עולה השאלה, לפוסקים כמו הרמ"ה שהנולד זוכה בירושה רק מכאן ולהבא, כיצד ניתן להבין שאינו מוצא קופת עיזבון ריקה, הלא לכאורה עם מות המוריש כבר זכו היורשים הקיימים בירושה?!

מתוך דברי האחרונים המצדדים בשיטה זו, עולה שהתשובה לכך היא שיש זיקה כלשהי בין העובר לעיזבון כבר בעת מיתת המוריש, והיא המגינה על

רק משעת לידה, אלא שעד אז הנכסים שמורים לו באם יוולד (כפי שנראה בדברי האחרונים בדעת הרמ"ה, להלן, ליד ציון הערה 51). והשווה **אנציקלופדיה תלמודית**, שם, הערה 775.

45. **אור שמח**, הלכות נחלות, פרק א, הלכה יג.

46. **מרחשת**, חלק ב, סימן לח, ענף א, אות ב.

47. לעיל, ליד ציון הערה 37.

48. לאור מה שנראה להלן, ליד ציון הערה 51, אין כאן ראייה חותכת, לכן כתבנו "לכאורה".

מעניין בהקשר זה לראות את קושייתו של **לחם משנה**, הלכות זכיה ומתנה, פרק ב, הלכה יז: "אמאי [=מדוע] חייבים [המחזיקים בנכסי הגר] להחזיר, דאפילו היא מעוברת העובר לא קנה, וזה שהחזיק חזקתו חזקה, ואפילו שילד אחר כך, העובר אין לו כלום ואמאי חייב להחזיר". **האור שמח** (הלכות נחלות, פרק א, הלכה יג) תמה על עצם קושיית הל' לחם משנה: "דבריו מתמיהים, שדעתו דכשילד בן הגר לא יזכה גם כן, וצריך עיון". הרב לוז (לעיל, הערה 29, פסקה ד) דוחה את התמיהה של בעל "אור שמח" המבוססת על ההנחה שהוולד זוכה בירושה למפרע, ורואה ב'לחם משנה', סיוע לגישתו לפיה ייתכן מצב שבו יורש זוכה מכאן ולהבא ואינו יכול לבטל עסקאות שכבר נעשו בעיזבון. על כך נעיר, שבהמשך דבריו 'לחם משנה' חוזר בו ומסיק מן הגמרא בעניין גר שמת כשאשתו מעוברת, שהנולד יורש תוך ביטול העסקאות שנעשו בחלקו (ייתכן ש'לחם משנה' מקבל את הגישה שהיורש זוכה למפרע, או את הגישה שנראה להלן, ליד ציון הערה 51, לפיה חלקו של היורש "תלוי ועומד").

49. **יד רמ"ה**, בבא בתרא, פרק ט, סימן כט. לדברי **הב"ח**, חושן משפט, סימן רי, לפי הרמ"ה אין העובר זוכה בפירות שגדלו מעת מיתת האב עד עת לידתו. וראה מה שהערנו עליו לעיל, הערה 42.

50. לעיל, ליד ציון הערה 34.

זכותו העתידית בעיזבון. האחרונים נוקטים בעניין זה סגנונות שונים: נתיבות המשפט⁵¹ וקצות החושן⁵² מגדירים את חלקו של העובר כחלק שהוא **"תלוי ועומד"** עד הלידה. הרב דוד פרידמן (ליטא, המאה הי"ט)⁵³, מעלה גם הוא הסבר זה, אך בצדו הוא מעלה הסבר אפשרי אחר, ששאר היורשים זוכים בעיזבון כולו אלא שהתורה **שעבדה** מתוך חלקם את חלקו של העובר, על מנת שיתנו לו אותו לכשייוולד (מעין "נאמנות", Trustee). רבי חיים הלוי מבריסק⁵⁴ מגדיר את העובר כמי שאמנם אינו זוכה בירושה, אך יחד עם זאת יש לו כבר **"קום יורש"**, ועל כן יש בכוחו לעכב את יורשי אביו האחרים מלרשת את חלקו בעודו עובר (או על כל פנים, אף אם זכו אלה בחלקו, תחבטל זכיתם למפרע עם לידתו).

כאמור, הצד השווה בדברי אחרונים אלו הוא, שגם לשיטה שאין עובר יורש אלא מכאן ולהבא, עלינו להניח שיש לו זיקה כלשהי לנכסים, שמכוחה הוא מוגן מפני ריקון קופת הירושה⁵⁵.

51. **נתיבות המשפט**, סימן קי, ס"ק א: "דחלק של העובר אין אחין היורשין זוכין בו, דהא אם נשבח [=השביח (חלקו של העובר)] – של העובר הוא. וכן בגר שמת, אין שום אדם יכול לזכות בו. ועל כרחק צריך לומר **דחלק העובר מיתלי תלי וקאי** עד שיוולד העובר". הנתיבות מחדש כאן הגדרה לפיה חלקו של העובר "תלוי ועומד" עד הלידה, כמעין פיקדון השמור לו עד לידתו, ועל כן הוא זוכה בשבח (ואין הכרח לפרש שכונתו שהוא זוכה למפרע כפי שנקטו באנציקלופדיה תלמודית, הערה 769, וכפי שהעיר אל נכון הרב פרבשטיין, לעיל, הערה 18, בעמ' 58).

52. **קצות החושן**, סימן קי, ס"ק א. לדעתו, בעל חוב רשאי לגבות את חובו מיורשי הנפטר הגדולים אף שאשתו מעוברת, ואין זו גבייה מקטנים (האסורה בעיקרון), משום שעד שנולד העובר אינו יורש, ולאחר שנולד כבר נגבה החוב. מכאן מוכח לכאורה כי העובר יורש רק מכאן ולהבא, שאם לא כן, צריך היה למנוע את גביית החוב מן העיזבון, משום שאסור לגבות מקטן (וקל וחומר מעובר). לאור קושייה שהקשה עליו 'נתיבות המשפט' מן המקורות התלמודיים מהם עולה שאין לפגוע בחלקו של העובר אף בטרם נולד, בעל 'קצות החושן' מבהיר: "גם בהך דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים, החלק שהוא **מיתלי תלי** אינו מגרע כח הבעל חוב כיון שעדיין אין העובר יורש" (**משוכב נתיבות**, סימן קי, ס"ק א). כלומר, החלק של העובר אמנם תלוי ועומד (אף שהוא יורש מכאן ולהבא), אלא שאין זה מונע מבעל החוב לגבות את חובו כיון שעדיין אינו יורש. יש לזכור, שסוף סוף חוב זה אכן מוטל גם על חלקו של העובר והמניעה לגבות מנכסי קטנים היא רק פרוצדוראלית, ומובן אפוא מדוע מניעה פרוצדוראלית זו נסוגה אחור כל עוד לא נולד העובר ולא הפך ליורש בפועל. נמצא, שגם בעל 'קצות החושן' מודה לקביעה כי ישנו קשר בין העובר לחלקו בירושה, אם כי, לדעתו, אין בכוחו של קשר זה לעכב הליכי הוצאה לפועל.

53. שו"ת **שאלת דוד**, אבן העזר, סימן ל. וראה לעיל, הערה 27, שם הבאנו מקצת דבריו.

54. **חידושי ר' חיים הלוי**, הלכות תרומות, פרק ח, הלכה ד. הוא מבחין בין שני מושגים: **מעמד** של יורש **זכיייה** בירושה. העובר אמנם אינו זוכה בירושה בפועל, אך יש לו כבר מעמד של יורש, ומעמד זה מחייב את שאר היורשים. אלא שיש הבדל בין היורשים מן המעגל הראשון, אחיו של העובר, ובין יורשים אחרים מן המעגל השני (כשאר לנפטר בנים), כגון אחי האב. האחים של העובר יורשים את חלקו, וכשייוולד העובר תחבטל זכיתם בחלקו אך מעמדם כיוורשים יעמוד בתוקפו. לא כן היורשים מן המעגל השני, שכאשר ייוולד העובר יתבטל גם מעמדם כיוורשים (שהרי כידוע אם יש לנפטר בן, אחי הנפטר אינם יורשים). וזו הסיבה, מסביר ר' חיים, שאף שלפי הרמב"ם עובר יורש, אם יש לו אחים, רשאים העבדים לאכול בתרומה "בגלל אחיו הכשרים", שהרי לעת עתה הם זוכים בחלקו של העובר, ומעמדם כיוורשים אינו עתיד להתבטל.

55. הסבר מקורי נוסף, מעלה **אמרי משה** (סוקולובסקי), סימן לח, אותיות כג-כד. בשונה מן

אמנם, מצאנו מבין האחרונים דעה אחת ויחידה הקובעת מפורשות שלעובר אין קשר לנכסים בעת המיתה, והוא אכן חשוף לפגיעה בחלקו, היא דעתו של בעל שו"ת 'ראש יוסף'⁵⁶ (רב יוסף איסקפה, איזמיר, המאות ה"ז-ה"ז). פוסק זה נשאל אודות שני אחים שמת אחד מהם בלא בנים ואשתו הייתה זקוקה לחליצה. האח חלץ לה, וזכה בנכסי אחיו, אך לאחר מכן התברר שאשתו של הנפטר בהריון, וממילא הירושה היא של הוולד ולא שלו. אלא שדא עקא, בינתיים הוא כבר מכר את הנכסים שהיו ברשותו, ונשאלה השאלה האם ניתן לבטל מכירה זו בטענה שהנכסים היו צריכים להינתן לבן ולא לאח? 'ראש יוסף' פוסק שאין להוציא מן הלקוחות, משום שספק אם הלכה שעובר יורש, ולפי הדעה שעובר אינו יורש, הרי שהמכירה הייתה כדין ולא ניתן לבטלה. מדבריו עולה שייטכן יורש שאין לו שום שייכות לירושה (עד כדי כך שיכולים היורשים האחרים לבצע עסקאות בנכסים אלו), ולמרות זאת הוא יוגדר כיוורש כשיבוא לעולם.

אולם, כבר תמה האור שמח על פסק זה: "ופליאה שפסק כן למעשה מה שלא יתכן"⁵⁷. זאת ועוד, ה'ראש יוסף' אינו מסביר את הסוגיה בנר שמת והחזיקו ישראל בנכסיו, ממנה לכאורה מוכח שהוולד מוציא מן הלקוחות, וזאת גם לדעה שוולד זוכה רק מכאן ולהבא⁵⁸.

ד. סיכום

מן המקובץ עולה, שנחלקו הדעות אם לעובר יש מעמד של יורש. לשיטות שאין עובר יורש, וכשייולד יורש, יש אומרים שהוא יורש למפרע,

ההסברים שסקרנו כאן, הוא לא שם את הדגש על זיקתו של העובר לעיזבון, אלא על זיקת המת לעיזבון שהוא מותיר אחריו. לפי הצעתו המחודשת, המת נותר "בעלים" על עזבונו לצורך העברתו ליורשיו, בין שהם קיימים בשעת מותו ובין שהם עתידים לבוא ("לא נפסק כח המת מנכסיו כל זמן דעתיד להיות לו יורש"). וזו הסיבה שעם לידתו של העובר, הוא גובר על כל מי שהקדים והחזיק בנכסי העיזבון, משום שזהו כוחו של מורישו.

56. שו"ת ראש יוסף (איסקפה), עמ' לו.

57. אור שמח, הלכות נחלות, פרק א, הלכה יג.

58. הרב לוז (לעיל, הערה 29, פסקה ד) מביא פוסק זה כתמיכה לגישתו, אך דומה שקשה מאוד להסתמך על דעת יחיד שאינה מחייבת עם גמרא מפורשת. בפסקה ז לפסק דינו, הרב לוז מציע לפרש כך גם את שיטת הרשב"א (לעיל, הערה 44), אבל אין הכרח בדבר כלל. עוד מבחין הרב לוז (סוף פסקה ח) בין הנכסים שהיורשים הקיימים העבירו לצדדים שלישיים לפני בואו לעולם של הוולד מזרע המת (או לפני הורתו), שאותם לא ניתן להשיב לקופת העיזבון, ובין הנכסים שנותרו בידיהם, שאותם יש לחלק מחדש. אף אם לכך התכוון 'ראש יוסף' (ולדעתי אין הדבר נקי מספקות, לאור דבריו בסיום תשובתו: "וכיון דאיכא מחלוקת גדול[ה] [בשאלה אם עובר יורש או שאינו יורש], אין להוציא ממון בחזקת מישהו מוחזק"), יש להעיר שההבחנה אינה מובנת. אם לא נוקטים כאחרונים שסקרנו, ולפיהם בשל הזיקה של העובר לירושה, יש לבטל גם עסקאות שנעשו כלפי צדדים שלישיים, שכן מתברר בדיעבד שהעסקאות היו שלא כדין, כי אז צריך לומר שהיורשים הקיימים אף הם כבר זכו בנכסים, ולא ברור מהו הבסיס המשפטי להוציא את הנכסים מחזקתם. לשון אחר, לא מובן במה החזקת הנכסים בידי היורשים שהיו קיימים בעת פטירת המוריש וזכו בירושה, נופלת מהחזקתם בידי צדדים שלישיים.

ויש אומרים שהוא יורש מכאן ולהבא. גם בין הסוברים שהעובר יורש מכאן ולהבא, מצאנו מספר רב של אחרונים המסבירים שיש לעובר קשר כלשהוא לנכסים, אם שהנכסים תלויים ועומדים, אם שהיורשים האחרים מחזיקים בהם בנאמנות, ואם שיש לעובר "שם יורש".

לאור האמור, אף אם פוסקים שהנולד מזרע המת מיוחס אחרי אביו ותיאורטית הוא הופך ליורשו, למעשה דומה שהוא מגיע לקופה ריקה ואין בסיס משפטי לדרוש חלוקה מחדש של העיזבון שכבר הגיע לידי היורשים האחרים.

ברי הדבר שהן לפוסקים שעובר יורש, והן לפוסקים הסוברים שעובר אינו יורש אך לכשייולד הוא יירש למפרע, אין שום מקור לכך, שכן בשניהם במועד הזכאות לירושה הנכסים טרם עברו לזוכים אחרים, מה שאין כן בנולד מזרע המת שבמועד הורתו כבר זכו היורשים הקיימים בעיזבון.

גם לפוסקים הסוברים שהנולד זוכה רק מכאן ולהבא, אינו דומה העובר, שהיה קיים כבר בעת מיתת המוריש, לנולד מזרע המת, שבמות המוריש לא היה קיים. לעובר שבהתהוות יש זיקה כלשהיא לנכסי המוריש. לעומת זאת, לנולד מזרע המת לא הייתה זיקה לירושה בעת פטירת המוריש, וממילא לא ניתן לומר שבאותו מועד חלקו היה "תלוי ועומד", ובוודאי עוד לא היה לו "שם יורש".⁵⁹

אשר על כן, לדעתנו אין תוקף להיקש בין דין ירושת עובר לדין הירושה של מי שהורתו החלה אחרי מות המוריש, ובכוא הלה לעולם הוא מוצא קופת עיזבון ריקה, מאחר שכבר זכו היורשים הקיימים בירושה.⁶⁰

59. כפי שקבע אל נכון הרב לוז (לעיל, הערה 29), בפסקה ג לפסק דינו, אפילו ביחס לביצית שהופרה בזרע המוריש עוד לפני מותו והיא שמורה בהקפאה.

60. אמנם, לדעת הרב פרבשטיין (לעיל, הערה 18), פרק ו, עמ' 62, גישת בעל 'אמרי משה' (לעיל, הערה 55), המטעימה את כוח ההורשה של האב (ולא את זיקת העובר לירושה), עשויה להוות בסיס לזכות הירושה גם של מי שנולד מזרע המת, עד כדי פתיחת תיק העיזבון. אולם ספק רב אם ניתן לתלות חידוש מעין זה בשיטת בעל 'אמרי משה', שכן הוא מדבר בפירוש על כוח המת בהנחלת נכסיו "כל זמן דעתיד להיות לו יורש", ואילו בענייננו בשעת מותו של המוריש לא היה עתיד להיות לו יורש, ומאחר שבאותה שעה לא היה עתיד להיות לו יורש, סביר שפקע ממנו כוח ההורשה. הטוען שכוח זה חוזר וניער עם הורתו של בן מזרעו אחר מותו, עליו הראיה. זאת ועוד, דומה שכשם שלפי 'אמרי משה' אם יקום המת בעצמו לתחיה, לא יוכל להוציא את נכסיו ממי שהחזיקו בהם אחרי מותו (ראה דבריו שם), הוא הדין במי שהורתו מזרעו החלה אחרי מותו.

יש בנימוק אחרון זה, כדי לרחות גם את הצעתו המקורית של הרב לוז (לעיל, הערה 29), בפסקה יא, שעל סמך הפסוק "תחת אבתיך יהיו בניך" (תהלים מה, יז) והכלל "בן כרעא דאבה", מחדש שבשונה משאר היורשים, העיזבון אינו עובר לבן, אלא הבן עומד במקום אביו (כך הוא מסביר מדוע בפרשת הנחלות (במדבר כז, ח-י), אין התורה מזכירה את ירושת הבן, "שאיין זו נתינת הנחלה והעיזבון לבן אלא העמדת הבן במקום האב"). הוא מבקש להסיק מכאן שהבן יכול לזכות בעיזבון אף כשהורתו ולידתו היו אחרי מות אביו. אבל, לו יהי כדבריו, הלא על פי 'אמרי משה' אפילו אם האב עצמו היה קם לתחיה, לא היה חוזר אל נחלתו. זאת ועוד, אף שדברי אגדה יפים הם, להלכה יש תשובה, שאם כן לא הייתה הצדקה לכלל "מיטלטי דיתמי לא משתעבדי".