

הרב ציון לוז-אילוז – אב"ד
הרב מאיר כהנא
הרב אבידן משה שפנייר

זכותם של עוברים מוקפאים בצו ירושה*

ב"ה

תיק 1063670/1

בבית הדין הרבני האזורי באר שבע

המנוח: פלוני

המבקשת: פלונית

פסק דין

1. פס"ד של הרב ציון לוז-אילוז

מבוא

בפנינו תיק להוצאת צו ירושה שפרטיו כלהלן.
אלמנה צעירה, שמבעלה המנוח נולדו בן ובת שהינם כיום קטינים, מבקשת להוציא צו ירושה בעיזבון בעלה המנוח, כמקובל. תוך כדי תיאור המצב המשפחתי של המבקשת, מודיעה היא לביה"ד שבשל קשיי פוריות שהיה לבעלה המנוח נאלצו להביא את ילדיהם לעולם דרך הפרייה חוץ גופית. מטיפולי פוריות אלו נולדו שני הקטינים המדוברים. בנוסף להם קיימים במעבדת הפוריות עוברים מוקפאים, שבכוונתה עם הזמן, בכפוף לקבלת היתר הלכתי ובכפוף לקבלת אישור משפטי מן הגורם המוסמך על פי החוק, לשקול להחזירם לרחמה ולהביא ילדים נוספים לעולם מבעלה המנוח. יוזמה זו של המבקשת היא חלק מבקשת המנוח ובהסכמתו¹. המבקשת מבקשת לפעול על פי ההלכה בלבד ולהוציא צו ירושה שיכלול, ככל שצריך, התייחסות לעוברים המוקפאים שבכוונתה לילד במהלך הזמן. אלו העובדות שהובילו לשאלות ולדין הבא שהוביל למסקנות שנראות לענ"ד.

* ראה מש"כ הג"ר משה מרדכי פרבשטיין, "ירושת עובר וירושת הנולד מהפרייה מלאכותית לאחר מיתתה", **אסיא** צו-צח, 55-64 (תשע"ה) (הוזכר לפני הערה 18 להלן). -- העורך.
1. וראוי לציין ולהדגיש, שבמסגרת פסק דין זה איננו נוקטים עמדה כלל, בשאלה המוסרית וההלכתית האם ראוי לעשות זאת, ולהביא ילדים לעולם לאחר פטירת אביהם, שיש להניח שבבוא העת תוכרע על ידי אחרים. כל הפסק דלהלן, מתייחס לעובדות כפי שהוצגו לפנינו, כשהשאלה המרכזית היא בדיני הירושה ולא מעבר לזה.
[בנושא זה ראו גם בספר **רפואה מציאות והלכה** (מכון שלזינגר, ירושלים תשע"ב) סימן כה: הזרעה מלאכותית לאחר המוות – איסור והיתר;
סימן כו: דיני יוחסין ייבום וירושה בנוולד מזרע קפוא שהופשר לאחר מות האב;
סימן כז: גמילות חסדים עם המת וקיום מצוות פו"ר בהזרעה מלאכותית לאחר מיתתו. -- העורך].

אקדים ואומר, שמעבר לשאלה המחודשת של ירושת עוברים מוקפאים, תיק שכזה ודומיו, מעוררים שאלה נוספת, עקרונית וכללית, **שפסק הדין שלפנינו אינו מתייחס אליה כלל**. ונתייחס אליה במסגרת פסק דין אחר. השאלה האחרת היא כיצד לטפל בתיק שבו ישנם קטינים שלא ניתן לבצע דרכם הסכמות והקנאות על מנת להתאים בין מה שייכתב בצו הירושה בפועל לבין דיני הירושה שבהלכה. זו שאלה כאובה, שהפתרון המלא והאמתי שלה הוא בתחום החקיקה, ונתייחס לשאלה זו במסגרת אחרת.

השאלה הניצבת בפנינו היא: האם צו הירושה צריך להתייחס בדרך כל שהיא, להימצאותם של העוברים המוקפאים, כאשר בכוונת האלמנה ובהסכמת המנוח להביאם לעולם אותם בבוא העת?
שאלה זו מסתעפת לכמה שאלות:

א. במקרה רגיל, בו האלמנה מעוברת ברחמה ועתידה לילד, האם צו הירושה צריך להתייחס לעובר? האם יש למנות לחלקו של העובר אפוטרופוס כבכל קטין היורש?

ב. האם המסקנה שתיאמר ביחס לעובר רגיל, נכונה גם לעובר מוקפא שיש כוונה להביאו לעולם?

ג. מה דין העיזבון לאחר שנולד העובר בעובר רגיל ובעובר מוקפא? האם לפעולות שנעשו בעיזבון (בחלק היחסי במיוחד) בטרם נולד העובר יש תוקף משפטי, או שיתבטלו למפרע? וככל שיתבאר להלן.

הנחת היסוד לכל הדיון שלפנינו היא, שוולד שנולד לאחר הפטירה של בעל הזרע, מהפרייה חוץ גופית שנעשתה מזרעו בחייו והוחזרה לרחמה של אלמנתו לאחר מיתתו, מתייחס אחר בעל הזרע כילדו לכל דבר ועניין מבחינת כל דיני הייחוס לפרטיהם.

בעשרות השנים האחרונות עקב התפתחותה המהירה של הטכנולוגיה הרפואית בתחום זה נכתבו מאמרים ופסקים רבים, שמהן עולה, שהדעה הרווחת מבין הפוסקים היא שילד שנולד מהפרייה חוץ גופית **מיוחס הלכתית** אחר אביו לכל דבר ועניין, ועיין בהערה שבכאן². מכל מקום, לא בשאלה זו עוסק פסק הדין שלפנינו אלא בשאלת הירושה שהוצגה, אבל הנחת יסוד זו היא הבסיס לשאלה. לכאורה, אם הוא מיוחס הלכתית אחר אביו, מדוע שלא יירשנו ככל בן את אביו? אבל, כפי שיבואר, לא די בהנחה זו כדי להסיק שבוולד שכזה יחולו עליו כל דיני ירושה³.

2. הובאה סקירה מתומצתת של שיטות רבות ועדכניות במאמרו של ידידי ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום המשפט העברי שבמשרד המשפטים, התפרסם בגליון 386, פרשת ויחי, תשע"א, ובהערות השוליים העשירות, ואין צורך לכופלם, יעויין שם.

3. ואמנם, מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל בשו"ת **חוות בנימין** (ח"ג סי' קז); קובץ **תורה שבעל פה** לג, תשנ"ב, עמ' מא-מו, התייחס אף לדין הירושה, והסיק שוולד מזרע מוקפא שהופרה

א. ירושת העובר בהיותו עובר ברחם

השאלה הראשונית היא: האם נוכל לומר, שמאחר ומדובר בעובר עם אפשרות מעשית של הולדה, הרי שכבר מעתה זוכה העובר בחלקו שבעיזבון, כאשר זכייה זו תהיה תלויה ועומדת עד זמן לידתו אם יולד, ובהתאם למינו של הנולד, וממילא צריך להוציא צו ירושה בהתאם ולמנות על חלקו אפוטרופוס, ככל קטן שיוורש.

שאלה זו נכונה בכל מי שמת והניח אשתו מעוברת.

ביבמות (דף סז ע"א) ובבא בתרא (דף קמב ע"א) נחלקו תנאים, האם עובר יורש בהיותו עובר ברחם אם לאו. זאת אומרת, על אף שלכל הדעות כשיוולד העובר יירש את חלקו, ויחולו עליו כל כללי הירושה ואף שנוולד לאחר מיתת המוריש, הרי שבהיותו עובר, נחלקו תנאים.

ר' יוסי סובר שהוא יורש, ולפיכך כהן שמת והניח את אשתו הישראלית מעוברת, לא יאכלו עבדיה בתרומה, מפני חלקו של עובר, שהעבדים הם של היורשים, וכיון שהעובר יורש יש לו חלק בהם, ואין לעובר כח להאכיל בתרומה, שעובר במעי זרה זר הוא. והעיד ר' יוסי כן מפי שמעיה ואבטליון, וכך סובר ר' שמעון בן יוחאי.

וכן שנינו בברייתא, בגר שמת בלא יורשים וזכו ישראל בנכסיו, שאם שמעו שהיתה אשתו מעוברת, חייבים להחזיר, ואף אם הפילה אחר כך, אם רוצים הם לזכות בנכסים צריכים לחזור ולהחזיק בהם, ואין חזקתם הראשונה שהחזיקו בעוד העובר קיים מועילה, לפי שהעובר זוכה בירושה.

לאחר הפטירה אינו מתייחס אחר בעל הזרע כלל, וממילא גם אינו יורשו. אבל אין להסיק מדבריו לנידוננו, שההפרייה היתה בחיים חיותו של בעל הזרע, וכשם שאם השתלת העובר היתה בחייו של בעל הזרע, היינו מייחסים מבחינה הלכתית את הולד אחר בעל הזרע (גם בזה הגר"ש ישראלי מסתפק, אבל כך היא דעת רוב ככל הפוסקים בזמננו) כך יהיה הדין גם אם הושלת לאחר פטירתו, שלכאורה מאי שנא, וצל"ע.

ומעין זה אומר, שאין להוכיח מדברי הנוב"י (מהדורא קמא אבהע"ז סי ט), ומדברי הקרן אורה יבמות פ"ז ע"א, שדחה דברי הנוב"י, המפורסמים שהובאו במקורות שבהערה דלעיל. וזאת משני נימוקים. הראשון, שם מדובר שקליטת הזרע (ההפרייה) נעשתה לאחר מיתתו וכמבואר שם. השני, ייתכן שדיני ייבום שונים הם, ואינם בהכרח מעידים על ייחוס של הולד לשאר ההלכות, וכמבואר בדבריהם שם.

[הערת העורך: דברי הכותב בהערה זו צ"ע.]

שכן הגר"ש ישראלי נימק את העדר הייחס בין הנולד מהפרייה לאחר מיתת בכך שלפי הכלל הנלמד מהפסוק "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום", לא יכול להיות ייחוס המשפיע על דיני ייבום, כאשר הייחוס לא היה קיים בעת הפטירה ולא היה אמור להיווצר ללא פעולה נוספת.

הגר"ש ישראלי כתב במפורש שם שאין להבדיל בין דיני ייחוס לעניין ייבום ובין דיני ייחוס לעניין ירושה. (ראה פירוט בספר **רפואה מציאות והלכה** סימן כו).

סברתו של הגר"ש ישראלי קיימת במלוואה גם בנדון של עוברים קפואים ולא רק בנדון של זרע קפוא. שהרי אין שום מעמד הלכתי לעובר הקפוא שטרם הושלת ברחם ודינו כמא בעלמא].

לדעת חכמים, כמובא ביבמות שם, אין העובר יורש בהיותו עובר, ולכן אין לו חלק בעבדים בהיותו עובר והעבדים אוכלים בתרומה מכוח היורשים האחרים.⁴

זהו תורף הסוגיה במקורה, ומלאה היא בפרטים ובפרטי פרטים רבים, עי' אנציקלופדיה תלמודית (כרך כה, ערך "ירושא", עמ' קעג-קפד) ובהערות שם.

נחלקו הפוסקים כמי נפסקה הלכה.

יש ראשונים שמוכח מהם להדיא שפסקו כרבי יוסי, שעובר יורש בהיותו עובר, ובכללם הריב"ם בתוס', או"ז, ראב"ד, ראב"ן, רא"ש וטור, ורי"ו. ויש שכתבו להדיא שאין עובר יורש ובכללם ר"ח, רי"ף, ר"י מיגש, רמ"ה, רמב"ן רשב"א וריטב"א. ויש שמהראשונים שלא ברורה פסיקתם הלכה למעשה, ובכללם הרמב"ם, שיש שכתבו בדעתו שעובר יורש (רא"ש ב"ב, ר"י קורקוס, לח"מ, נ"ב ובהגר"א) ויש שכתבו שאין עובר יורש (פיה"מ, רדב"ז, ש"ך, יש"ש, ומרכה"מ).

הנה כי כן, בשאלת ירושת העובר אין הלכה ברורה כלל, ומאחר ולא בכל מקרה שייך להחיל את הכלל "אין ספק מוציא מידי ודאי", ובפרט כאשר הספק הוא בדין הלכתי, ולא ספק מציאותי, הרי שבית הדין צריך בצו הירושא היוצא מתחת ידו, להתייחס גם לדעה שעובר יורש. בכלל זה גם במקרה שלפנינו, שישנם עוברים מוקפאים.

לשאלה זו נפ"מ גדולה בכל ירושה שיש בה עובר. לדעות שעובר יורש, חלוקת העיזבון חייבת לשמר חלק לעובר, ולמנות עליו אפוטרופוס. לשיטות שאין עובר יורש לכאורה אין צורך בכך, ויעויין להלן.

לענ"ד, בנדון שלפנינו בעובר מוקפא, לכל הדעות, אין העובר יורש בהיותו עובר, גם לשיטות שעובר במעי אמו יורש, וכפי שיבואר.

ב. מה נחשב עובר לדין ירושת עובר

והנה, בכל הדינים שהוזכרה ירושת העובר, לכאורה מדובר, כאשר הוכר העובר בהריונה של האם, שזהו לפחות משליש מהריון ואילך, דהיינו שלב התפתחותי מתקדם של העובר, שהרי לפני כן, לא ידוע מקיומו של העובר עד שנדון בירושתו. כך הלשון במובא לעיל, בבית ישראל שניסת לכהן "והניחה מעוברת" (יבמות שם). כך גם בנוגע לגר שמת ובזבזו ישראל נכסיו "והיתה אשתו מעוברת" (בבא בתרא שם), דהיינו, מדובר כאשר העובר הוכר. וייתכן היה לומר, שכל האי דינא שעובר יורש למאן דסבירא ליה הכי,

4. ואמנם יש שכתבו שגם לדעת חכמים עובר יורש והטעם שאינו פוסל מלהאכיל בתרומה, הוא מנימוקים אחרים. יעויין באנציקלופדיה תלמודית ובהערות שוליים שם, ראשונים רבים הסבורים כך. ונפ"מ משיטה זו שההלכה המוזכרת (והנפ"מ האחרות מלבד אכילה בתרומה) בגר שבזבזו ישראל נכסיו בהיות אשתו מעוברת היא גם לדעת חכמים.

זהו רק משלב זה ואילך אבל לפני כן אין כאן שם עובר כלל שיירש. וההיגיון שבזה הוא, שעל מנת שנוכל להחיל עליו שם של יישות משפטית עד כדי קבלת חלק בעיזבון, צריך להיות במצב התפתחותי כל שהוא. ואמנם, לא מצאנו שגילו של עובר לענין הלכתי כל שהוא הוא מגיל שלושה חודשים⁵, ואין זה אלא סימן להיות האשה מעוברת בזמנים קדמונים, אבל לכל הפחות נצריך מ' יום מהיווצרות העובר, שלפני כן כ"מיא בעלמא הוא", כמבואר ביבמות (דף סט ע"ב).

לפי זה, בנידון דין שמדובר במשהו זעיר ביותר, שלכאורה גם שם של עובר אין לו, (אלמלי השפה המקצועית שנקרא בה "עובר מוקפא"), לא שייך להחיל עליו שם של יורש, שאין כאן יישות כל שהיא, שתירש כלל. לפי זה, אף לפוסקים כרבי יוסי אינו יורש. קצת חיזוק יש לזה – מלבד הלשון הנ"ל "שהניחה מעוברת" וכמשמעו, שהוכר עוברת – שהרי אם היינו אומרים שבכל עובר אפילו בתחילתו ממש, יש כאן דין יורש, היה ראוי לומר, לשיטת ר' יוסי, שכל כהן שמת ולו עבדים ייפסלו מתרומה, ששמה אשת הכהן מעוברת⁶. ולכאורה, זאת לא מצאנו⁷.

ואכן, כדעה זו כתב בש"ך (חו"מ סי' ר"י ס"ק ב), שאף למ"ד עובר יורש זה רק לאחר מ' יום, ובפחות מכן אין לו שם עובר כלל אלא מיא בעלמא הוא, וכך הבין בפשיטות בשיעורי ר' דוד (יבמות דף לו ע"ב). אמנם ראיית הש"ך מיבמות (דף סט ע"ב) זה דוקא לדין שאין עובר שכזה פוסל את אמו בת ישראל מלאכול בתרומה, אבל לא מיירי שם לענין ירושה כלל. ולפי הבחנה זו, סרה קושיית הש"ך על הסמ"ע (שם ס"ק ד).

ויעויין ערוך לנר (יבמות שם ד"ה עד), שהקשה שלענין חליצת מעוברת לא אשכחן חילוק בין תוך ארבעים לאחר ארבעים, ולפי יישובו שם, אף בסוגייתנו של ירושה אין חילוק בין תוך ארבעים לאחר ארבעים, והרי זה כחליצת מעוברת, שרק לענין אכילה בתרומה בלבד איתא לחילוק זה, עיי"ש. ואמנם, יעויין בדבריו שבשו"ת בנין ציון החדשות (סי' צז), שנראה שס"ל שבתוך מ' יום לכולי עלמא אינו יורש, אבל אין הכרע לכך משאר הפוסקים.

5. יש שכתב מעין זה לענין איסור הפלת עוברים, ואין כאן מקומו.
6. גם אם נאמר שקודם ארבעים יום לכו"ע אין לעובר שם יורש, עדין תקשה קושיא זו עקב הזמן שבין היום הארבעים לבין יום הכרת העובר (3 חודשים), שאז העובר כבר לא מוגדר כ"מיא בעלמא", אך טרם היה ניתן להכירו בימי חז"ל. כך ש"קצת חיזוק" זה איננו מחזק. -- העורך.
7. ויעויין יבמות (דף סט ע"ב) שחיישינן מעין זה לעיבורה של בת כהן שנשאת לישראל ומת ללא זרע, שלא תאכל בתרומה שמה מעוברת היא, עיי"ש, ולדברנו להלן, שלגבי ירושה מיעוטא הוא ולא חיישינן, זה לא שייך בדין אכילת תרומה. ויעויין בשיטת הרמב"ם (פ"ח מהל' תרומות ה"ג) על הסוגיא שם, ובמה שכתבו על דבריו בקרן אורה ובערוך לנר (שם), ואי נימא שגם שם שייך למימור למיעוטא לא חיישינן, תתישב דעת הרמב"ם.

עובר פחות מארבעים יום

והנה, בדין שהמזכה לעובר שאם היה בנו קנה (בבא בתרא שם), ומשמע שכבר בהיותו עובר זוכה, נחלקו הראשונים האם בכל עיבור הדין הוא כן, שלדעת הנמוקי יוסף (סו ע"א סוף דבור ראשון) בשם הריטב"א (קמב ע"ב ד"ה המזכה) זה דוקא בעובר לאחר מ' יום אבל פחות מכך מיא בעלמא הוא ואינו קונה, ובבית יוסף חו"מ (סי' רי) דעתו נוטה כבעל העיטור באות ז' זיכוי (ט ע"ד) שאפילו בתוך ארבעים יום של יצירה הוא⁸. ומשמע שבכל עובר קונה ואפילו מתחילת היווצרותו. וכך נראית דעתו להלכה בשולחנו הטהור (שם סעי' א) שלא כתב להבחנה זו כלל.

בגמרא בבא בתרא (שם) ביקשו להשוות דין המזכה לעובר לדין ירושה הבאה מאלה, ובראב"ד (פ"ח מהל' תרומות ה"ד) למד מהלכה זו שעובר יורש בקל וחומר, שאם בהקנאה קונה, כל שכן בירושה הבאה ממילא, (ובראשונים התייחסו לראייתו ככבדת משקל ודחו ראייתו בכמה אופנים, יעויין בראשונים על אתר), ואי נימא, שבדין ירושת עובר למאן דאית ליה זה רק לאחר מ' יום, לכאורה, ההשוואה נסתרת מיניה וביה, שאם רואים אנו שבמזכה לעובר אין צורך בעובר שהתפתח, ואפילו כשהוא מיא בעלמא הוא זוכה, על כרחך, שהוא דין אחר מדינא דירושה הבאה מאלה, ונצטרך לומר ששם זה רק שאלה של אומדנא, ולא גדר זכייה בממון.

על כרחנו, מהשוואת דינים אלו, הן בסוגיא עצמה והן בדברי הראשונים (לכל הפחות בהוה אמינא) נראה, שהעובר המוכר בשניהם אחד הוא, ואם בסוגיית המזכה לעובר מדובר בכל עובר, כך הוא גם בירושת עובר שבכל מצב שהוא, מרגע ההיווצרות הוא יורש למי שפוסק שעובר יורש. לפי זה, לשיטות אלו לכאורה נצטרך לומר שהוא הדין בנידון דידן של עובר מוקפא, , שיהיה לו דין עובר לירושה.

ג. סברת האומרים שעובר יורש

אולם, לענ"ד שונה דין עובר במעיי אמו שידגל מאליו ויבוא לידי לידה ללא שום פעולה מלאכותית חיצונית, מדין עובר מוקפא שכדי שיבוא לידי לידה יש צורך בהתערבות חיצונית מלאכותית. ודווקא מהדין הקודם, שעובר לדין ירושה הוא מכל שלב מרגע ההיווצרות, ניתן להסיק שעובר מוקפא אינו יורש לכל הדעות, ויתפרשו הדברים לפנינו.

במבט השטחי והפשוט נראה, שכל מה שעובר יורש למאן דאית ליה, זה רק מחמת היותו עכשיו בעל יישות משפטית, ולכן היה מתבקש לומר

8. ואמנם בעיטור, נראה שגם בתוך מ' יום מצריך הוכר העיבור (לכאורה אין לזה מובן), אבל לענ"ד כוונתו רק לומר שצריך היווצרות העובר (ההפרייה), אבל מכל מקום, לא הוזכר סייג זה בפוסקים, לא בשו"ע ולא בסמ"ע הנ"ל.

שדין זה יחול רק בהיותו במצב התפתחותי כל שהוא. אבל לענ"ד לא זהו המכוון בדברים.

ההגיון והטעם היסודי לירושת העובר, הוא רק בגלל שיבוא לכלל וולד (ואז לכל הדעות הוא יורש), ולכן מקבל הוא כבר מעכשיו את מעמדו העתידי, כיוון שמעמד זה יבוא מאליו. היגיון זה דומה לסוגית "כל העומד ליגזז כגזוז דמי", ו"כל העומד ליתלש כתלוש דמי", ודומיהם, המוזכרים לרוב בש"ס. ואם כל העומד ליתלש נדון כבר מעכשיו כתלוש, על אף שנדרשת פעולת תלישה בידי אדם, קל וחומר, שעובר שעתידי להיוולד מאליו ומצבו העתידי הוא יותר ודאי, שלגבי כמה עניינים יש להחשיבו כנולד כבר מעתה.

לפי הבנה זו, אין נפ"מ כלל מהו מצב ההתפתחות של העובר כעת. מה שיש לבחון זה רק האם הוא כבר נוצר, ועתידי כנולד הוא ודאי. ומאחר ורוב המתעברות יולדות, כל עובר במעי אמו נחשב כנולד לדין הירושה כבר מעתה. להיגיון זה, במה שונה עובר בטרם מ' יום מעובר שאחר מ' יום?⁹ ושוב מצאתי שכן כתב להדיא בסברת הסוברים שעובר יורש, בשו"ת להורות נתן (ח"ג סי' קכג ס"ק ו), מדבריו נראה שפשיטא ליה שזו היא סברתם.

לפי זה, מה שלא חיישינן לרבי יוסי בכל כהן שיש לו אישה שמא מעוברת היא, זה רק מחמת שזוהי מיעוטא, ולמיעוטא לא חיישינן.

להבנה זו שבסיס השיטה שעובר יורש זה רק מחמת שעתידי העובר להיוולד מאליו, ורוב עוברות יולדות הם, מובן, מדוע אין נפ"מ כלל וכלל בגודל העובר ובמצב התפתחותו העכשווי.

והנה מה שכתבנו, שמה שעובר יורש למאן דאית ליה זה רק מחמת שעתידי להיוולד וכל העשוי להיוולד כנולד דמי, היה נראה לכאורה שיש לשדות נרגא בסברא זו, אבל בסופו נראה, שדוקא ממקום שהיתה נראית סתירת הסברא, שם נמצא את בניינה, וכלהלן.

נחלקו ראשונים, האם עובר שלא נולד בסופו אלא היה נפל, האם ירש בהיותו עובר, למי שסובר שעובר יורש. רש"י פירש על מי שסבירא ליה שם שלא חיישינן למיעוטא (יבמות דף סז ע"ב), היינו שיש מיעוט מפילות המצטרפות למחצה נקבות, וממילא הזכרים הם מיעוט, ומשמע, שכל שהיה היה נפל בסופו של דבר לא ירש בהיותו עובר, וכן כתב להדיא הרמב"ן (שם).

9. וראוי לציין שרבי שמעון בסוגיא דיבמות הנ"ל ס"ל כרבי יוסי שעובר יורש ולכן לדעתו יש להעמיד אפטרופוס לחלקו של העובר כדי שהכהנים שיהיו בחלקם של הנולדים יוכלו לאכול בתרומה, עיי"ש, ור"ש בכל התורה כולא סבירא ליה להאי כללא "שכל העומד להיעשות כעשוי דמי" וכמפורז בש"ס במקומות רבים ומהם פסחים (דף יג ע"ב), ב"ק (דף עז ע"ב), ומנחות (דף קא ע"ב), ולפי האמור נצטרך לומר שאף רבי יוסי ס"ל הכי ויש לבחון זאת בסוגיות השונות ועוד חזון למועד. וב"ה שמצאתי במנחות (דף ק"ב ע"א): "אמר רבא: רבי יוסי בשיטת ר"ש אמר, דאמר: כל העומד לזרוק כזרוק דמי".

אבל מהתוס' ביבמות (שם ד"ה אין) ובבבא בתרא (קמב ע"א ד"ה בן) משמע, שגם אם היה נפל בסופו היה יורש בהיותו עובר, ומה שאיתא התם שמיעוט מפילות, היינו, שמא היה נפל בשעת מיתת המוריש, וזה הרי לכו"ע אינו יורש. יעויין רמב"ן שכתב שרק אם בסופו הוציא ראשו לאויר העולם ירש בהיות עובר. ויעיין קצוה"ח (סי' רעו ס"ק א) ובנתיבות המשפט (שם) מה שיישבו על קושיית התוס'. מכל מקום, מדברי התוס' הללו משמע שגם מי שהיה נפל ולא נולד בסוף, ירש בהיותו עובר, וזה שלא כדברנו לעיל, שכל ירושת העובר היא רק מחמת מה שיוולד בסוף.

והנה, מלבד זה, שמרש"י והרמב"ן והאחרונים הנ"ל משמע כדברנו, שרק אם נולד בסופו יש להניח שהיה עומד להיוולד מתחילתו ולכן הוא יורש בהיותו עובר, אבל גם מהתוס' אין הוכחה המנגדת את דברנו לעיל, שנוכל לומר, שסוף סוף באותה שעה שמת המוריש עובר זה היה ראוי להיוולד, ורוב מעוברים הרי יולדות הם, ודי בכך כדי להחשיבו כבר מעתה כנולד¹⁰.

וכך מצאתי להדיא בנתיבות המשפט (שם ס"ק ב) שכתב, בלשון זו: "דכיון דעובר בר זכיה הוא לרב ששת ובשעת ירושה היה העובר ראוי להיות בר קיימא, א"כ מה בכך שמת העובר אח"כ ע"י סיבה... או ע"י מלאך המות, הרי הוא כאדם גדול שמת אחר ירושתו". וכן הוא בכסף הקודשים (סי' רעו שם), שכתב בהערותיו על קצות החושן, בזה הלשון: "אלא... אז קנה העובר הירושה לרב ששת ולר' יוסי משום דחזקתו שיהיה בן קיימא. ואי דאיגלאי מילתא למפרע דהיה נפל, הרי כבר כתב התוספות שלא אמרינן כן", עיי"ש היטב. ויעיין אור שמח (פ"א מהלכות נחלות הי"ג ד"ה אולם בהניח) שכתב שאף שמהספרי מוכח דנפלים אינם בני נחלה, זהו רק מחמת שסובר הספרי שעובר אינו בר ירושה כלל, אבל מאן דס"ל שעובר בר ירושה הוא, גם אם בסופו היה נפל, סוף סוף, בהיותו עובר יורש הוא, וככל האמור, עיי"ש.

מעתה נוכל לומר, שאם הגיונה של השיטה שאומרת, שעובר יורש זה רק מכיוון שעתיד להיוולד ולירש, דנים אותו ככזה כבר מעכשיו, הרי שזה שייך רק בעובר רגיל, שמרגע ההיווצרות הכל יקרה מאליו במנגנון הטבעי, אבל בעובר מוקפא שכדי שיהפוך לוולד יש צורך בהתערבות חיצונית ובהחלטה נוספת של האם, ואחרי כל זה, בסופו יהיה תלוי בהצלחת החזרת העובר לרחם האישה וקליטתו, (ובגורמים נוספים הידועים לבקיאם בחכמה זו), שלא ניתן לומר כלל, שהרוב מגיעים לידי וולד, כידוע, אם כן לא שייך

10. כך נראה לכאורה בפשטות, בכל הדינים שבהם מוזכר הכלל, שכל העומד להיעשות כעשוי דמי, שגם אם בסופו לא נעשה, מכל מקום בתחילתו היה ראוי להיעשות, ומחמת סיבה חיצונית לא יצא לפועל. ויש לעיין בהאי מילתא, בשאר הסוגיות.

להחיל את הכלל שעתיד להיוולד עד כדי שנאמר שהרי הוא כנולד כבר מעכשיו, ונזכהו בירושת מורישו, ולכאורה פשוט הוא¹¹.

מכל הנ"ל, ובתוספת לזה, שדעת רבים מהפוסקים היא שכל עובר גם במעי אמו אינו יורש, ויש הסוברים שגם לדעות שעובר יורש זה רק עובר לאחר מ' יום מהיווצרותו, נראה לי פשוט, שלכל הדעות אין עובר מוקפא יורש בהיותו במצב שכזה, ולכן מחמת ירושת העובר בלבד, אין צורך לשמר לו את חלקו, ולמנות אפטרופוס על חלק זה, ככל קטן היורש. אבל לא די במסקנה זו, וכלהלך.

ד. ירושת העובר לאחר שיוולד למפרע היא או מרגע הלידה

אולם, לאחר לידתו, לכאורה אין הוא שונה מעובר רגיל שנולד לאחר מיתת היורש, שלכל הדעות יורש הוא, אם מקבלים אנו את המסקנה הראשונית שעובר שכזה דינו ככל בן אחר לכל דבר וענין.

השאלה העומדת בפנינו היא כפולה:

ראשית, האם ירושתו לשיוולד תהיה למפרע או מרגע הלידה ואילך? וממילא, מה יהיה דינם של כל הפירות והשבח שיהיו בעיזבון ממות המוריש ועד לידת העובר?

שנית, האם יש למנות אפטרופוס כבר מרגע חלוקת העיזבון כדי לשמר את חלקו של העובר עד ללידתו?

נפ"מ גדולה תהיה במצב ביניים זה, האם ניתן לפעול בעיזבון בדרך חופשית, כמו למכור דירת העיזבון, ולעשות עסקים, שבנכסי קטן רגיל איננו רשאים לאפשר זאת.

מסקנתנו להלן היא, **שיש לחלק את העיזבון ליורשים הנוכחים בלבד**, כאילו אין עובר לפנינו כלל. אולם, לאחר לידת העובר כשיוולד, וייתכן, שכבר מרגע שהעובר חזר לרחמה של האישה ונקלט, נצטרך לחלק את מה שנשאר מהעיזבון באותו זמן גם לוולד החדש, לפי כללי ההלכה¹², וככל שיבואר להלן.

כאמור, עובר מוקפא לענ"ד לכל הדעות אינו יורש. לכן הבירור דלהלן הוא בשיטה שעובר רגיל אינו יורש, ומבירור זה נסיק לנדוננו.

11. וראה מש"כ הרב חיים דוד הלוי זצ"ל, "על דילול עוברים והמעמד ההלכתי של עוברים במבחנה", **ספר אסיא ח**, 3-6, שאין איסור הפלה בעובר שטרם הושרש ברחם. וראה בשו"ת **שבט הלוי ח** סימן מז, הובאו דבריו גם בספר **נשמת אברהם**, אבן העזר, סי' ה, ד"ה "חילול שבת עבור תינוק כזה", שאין היתר לחלל שבת על עובר במבחנה, שכן סיכויו להפוך ליולד הם מיעוט. וראה גם בספר **חסדי אברהם ח** ב"ב עמ' שטז מה שהביא בשם הגר"ש וואזנר. -- העורך.

12. וזאת, עד שיבואו ימים ותתוקן תקנה הלכתית כוללת בנוגע לירושת עוברים מוקפאים, שחייב שתבוא ביום מן הימים.

נברר תחילה, האם ירושת העובר לכשיוולד תהיה למפרע מאז מיתת המוריש, וממילא תפקיע את כל מה שנעשה בנכסי המוריש בכל הנוגע לחלקו של העובר?

בשאלה זו לכאורה, נחלקו ראשונים.

יש הסוברים, שאינו זוכה בשעת לידה בירושתו אלא מכאן ולהבא, ולא למפרע משעת מיתת אביו, ונימוקם עימם, שאילו היה זוכה למפרע, היה פוסל את עבדי הירושה מאכילת תרומה, בסוגיית הגמרא יבמות (דף סז) דלעיל. כך סבורים, הרמ"ה בבא בתרא (פ"א ס"ו כט), הב"ח (חו"מ ריש ס"ו רי), שכתב, שפירות שגדלו בקרקע הירושה עד לידתו, אין לו בהם כלום, והרי הם של היורשים האחרים¹³. כך גם מבואר בקצות החושן (ס"ו קי ס"ק א), שבעל חוב של המוריש יכול לגבות את חובו על אף שהניח אשתו מעוברת ואין זה גבייה מקטנים כיוון שעתה אינו יורש וכשיוולד כבר נגבה החוב. ובקובץ שיעורים (ב"ב אות תפט) ובקובץ הערות (ס"ו מ אות יב), כתב לפי היגיון זה, שהירושה היא מרגע הלידה ולהבא, שאם היורשים האחרים שחררו את העבדים לפני לידת העובר, מה שנעשה עשוי, והרי הם בני חורין, ואין לוולד בהם כלום.

ויש מהראשונים, שמשתמע מהם, שירושת העובר כשיוולד היא למפרע משעת מיתת המוריש.

כך בדברי התוס' יבמות (שם ד"ה אוכלין), שכתבו שהעובר זוכה במעשי ידיהם של עבדי הירושה משעת מיתת מורישו עד לידתו. לפי זה כתב בנתיבות המשפט (ס"ו קי ס"ק א) שזוכה העובר גם בשבח שהשביחו הנכסים בין מיתת המוריש ללידתו (וייתכן שזה לכולי עלמא). כך מבארים את דברי התוס' בשו"ת ארץ הצבי (ס"ו קג) ובקהילות יעקב (גיטין ס"ו כ), ועוד.

והן אמת, שדברי התוספות שמהם פינה ובהם יתד לדעה זו שירושת העובר היא למפרע, לא נאמרו בלשון פסוקה, וכל דבריהם הם "מסתמא" כך הוא הדין. אבל, אדרבה, מדקדוק בלשונם נראה, שלא ס"ל הכי למסקנה, שכך כתבו בשיטת חכמים שאין העובר יורש: "וקצת תימה, דהא **מסתמא** מעשה ידיהם עד שיולד הוא לעובר ולא לבני משפחה", ונשארו בתימה זו, ללא יישוב כלל.

ואף שהיה נראה שזוהי דעת התוס' גם למסקנה, ולכן, יש שיישבו התמיהה בביאורים שונים, והנחת היסוד שבהם היא, שכוונת התוספות לומר, שבוודאי ירושתו למפרע היא, ובזה אין ספק, ולתמיהת התוס' מדוע אין זה מעכב מהעבדים מלאכול בתרומה, כתבו תשובה על פי דרכם (יעויין

13. כך לכאורה ניתן להוכיח מסוגיית גר שבזבזו ישראל נכסיו והיתה אשתו מעוברת (בבא בתרא שם), שממנה עולה, שרק למ"ד שעובר יורש אין חזקתם חזקה. ואי נימא שירושת הוולד היא למפרע, היה לה להשמיע שאם נולד בסופו לכו"ע אין חזקתם חזקה, ויש לדחות.

נתיבות שם, שהחלק שהוא מיתלי תלי אינו מקלקל את היתר אכילה של שאר האחים, כיון שעדיין אינו משועבד לאחר). אולם, לענ"ד העיקר ביישוב תמיהת התוס' הוא שאכן, מכוח התמיהה הזו, יש להסיק שלשיטה שאין עובר יורש, אין הולד יורש למפרע, ולכן אין מעשה ידי העבדים של הוולד כלל¹⁴. ויש שכתבו להדיא בדעת התוס' שאינו יורש למפרע, יעויין שאילת דוד (אבהע"ז סי' ל). ויעויין מרחשת (ח"ב סי' לח ענף א) שהוכיח מתוס' בבא בתרא (שם ד"ה בן יום אחד), שס"ל שירותו היא מלידתו ולהבא.

כשיטה שהירושה היא רק מהלידה ואילך, נראה להדיא מהרשב"ם בבא בתרא (שם ד"ה איכא בינייהו), שכל זמן שהולד עדיין לא נולד אין הזוכים מההפקר בעזבונו של הגר חייבים להחזיר, וכך כתב שם רבנו גרשום עיי"ש. מהדברים הללו עולה שאין בראשונים מי שיאמר **להדיא** הלכה למעשה שירות הולד היא למפרע. ומי מהראשונים שדבר בשאלה זו להדיא, כתב שירותו היא מהלידה ואילך.

לפי דעה זו, לכאורה, כל פעולה שנעשתה בעיזבון המוריש יש לה תוקף משפטי לכל דבר וענין, ואף אם נמכר עזבונו ונתכלה לחלוטין, וממילא לוולד שנולד אין מה לירש, אין בכך כלום, שלא את שלו מכרו אלא את שלהם.

כך כתב מפורשות בשו"ת ראש יוסף (אישקפה) (דף לו בסוף הספר). שם דן אודות מי שמת בלא זרע והניח שני אחים ואחד מהם חלץ לאשת המנוח, וחלקו ביניהם את עזבונו, ומכרוהו לאחרים. לאחר מכן, נודע שהיתה מעוברת, וכשנולד הולד נמצא שאין לו מה לירש כלל, וכתב שם שלמ"ד שאין עובר יורש, מה שעשו עשוי¹⁵ ואין הולד מוציא מן הלקוחות. ובאור שמח (פ"א מהל' נחלות הי"ג) הביאו ותמה עליו בהאי לישנא "ופליאה שפסק כן למעשה מה שלא יתכן", אבל לענ"ד נראה שתמיהתו נובעת מזה שנקט שלכל הדעות ירושתו היא למפרע, וכפי שהביא מדברי התוס' הנ"ל, עיי"ש. אבל למסקנתנו שבכאן, שלרוב ככל הדעות, ירושת הולד היא מלידתו ואילך, דבריו נכוחים הם.

וכן מה שהביא באור שמח (שם) מדברי הלח"מ (פ"ב מהל' זכיה הי"ז) שגר שמת ובזבזו ישראל נכסיו והניח אשתו מעוברת, אם זכו אחרים בנכסיו מההפקר בטרם שנולד הולד, אין לוולד כלום, ובאור שמח תמה עליו וכן"ל. אף בזה לענ"ד, כל תמיהתו היא לפום סברתו שיורש הוא למפרע, אבל אם ירושתו היא מהלידה, אין בזה תמיהה כלל, שמאחר והישראל שזכה בנכסיו זכה בהם **כזוכה מההפקר**, ולא בתורת יורש, כבר פקע מהנכסים שם של

14. ובזה מיושב סדר הדברים בתוס' שלכאורה אין הם מתקשרים זה לזה עיי"ש היטב.

15. ונראה פשוט שלאחר שנודע להם מהיותה מעוברת היה לביה"ד למנוע מהם את המכירה, וכדלקמן בשו"ת הרשב"א, אבל מכל מקום מה שעשו, בדיעבד עשוי, ואין הולד מוציא מהלקוחות, עיי"ש.

ירושה, ובבעלות של אחרים הם¹⁶. ועיין דברי הרב ז'ולטי זצ"ל, בקונטרס בית דוד זכרון טוביה (עמ' קלג), שיישב דברי הראש יוסף והלח"מ הנ"ל בדרך אחרת.

מכל מקום, מאחר ובדברי הראשונים לא מצאנו מי שיכתוב להדיא שירושת הולד היא למפרע¹⁷, הדעת נוטה לומר, שאין הולד יורש למפרע למ"ד אין עובר יורש, וממילא בעובר מוקפא שהסקנו שלכו"ע אינו יורש בהיותו עובר, הרי שכל ירושתו תהיה רק משעת לידתו ורק בעיזבון שעדיין קיים ברשות היורשים.

ה. ירושת ולד שנולד לאחר פטירת המוריש, כיצד היא פועלת

אולם, אם אכן אינו יורש למפרע אלא מכאן ולהבא, ועד לידת העובר הירושה שייכת אך ורק ליורשים האחרים, לכאורה היכן מצאנו ירושה שכזו? והלא ירושה אין לה הפסק. הרי בשעה שבא הולד לירש אין כאן עיזבון של המוריש כלל, ועזבונו של המוריש כבר שייך לאחרים ובבעלותם.

מכוח קושי זה הכריח המרחשת (ח"ב סי' לח אות א' ס"ק ב) שניתן לומר, שירושת הולד היא למפרע, וזה מקצת לשונו:

"ובאמת קשה לי... א"כ איך בן הנולד לאחר מיתת אביו נוטל חלק בירושתו למ"ד שאין לעובר זכיה אף בירושה הבאה מאליה, הא כיון שמת האב נפלו הנכסים לפני שאר היורשים בתורת ירושה ואיך הוא נוטל אח"כ כשנולד את חלקו כיון שאלו כבר נכנסו בחלקו בתורת ירושה אין לה הפסק... וסבור הייתי לומר, אף דעובר אינו זוכה בירושה מ"מ זה אינו אלא כל זמן שהוא עובר אבל כשנולד שוב זוכה הוא למפרע משעת מיתת האב."

אבל כפי שיבואר אין הכרח לומר כן, ובפרט למבואר, שלא אשכחן מי שיאמר בראשונים להדיא שירושתו למפרע.

להגינה של דרך ירושה זו נאמרו מספר ביאורים.

בחידושי הגר"ח הלוי על הרמב"ם (פ"ח מהל' תרומות ה"ד) ביאר בדרך אחרת מהמרחשת, והרחיב בדבריו לבארם היטב הרה"ג פרבשטיין שליט"א (התפרסם ב"אסיא" צ"ז-צ"ח עמ' 60 ואילך)¹⁸, והעיקרון הוא אף שאין העובר יורש אבל שם יורש יש לו כבר בהיותו עובר, ושם זה מעכב על שאר היורשים לפעול את פעולתם. ושם כתב הרה"ג פרבשטיין דרך נוספת על בסיס האמרי

16. ואמנם יעויין דברי רבנו יונה להלן בהערה שלא כדבריו.

17. ואמנם יעויין דברי רבנו יונה בסוגיית גר שמת וכו' שכתב שלאחר ששמעו שאשתו מעוברת חייבים להחזיר, ונראה לכאורה שירושתו למפרע היא, אבל לענ"ד, אין מזה הכרע שהרי גם אם ירושתו מכאן ולהבא, כשיוולד, יחזירו את כל עזבונו, ואם כן, מה להם להחזיק עתה ולשבח את הנכסים אם הכל ישוב אליו. ואע"פ שהגירסא בעליות דרבנו יונה חייבים להחזיר "לאלתר", בשיטמ"ק ליתא למלה לאלתר, ונראה לי שכן עיקר, עיי"ש היטב.

18. המאמר שם דן בשאלה דומה של ירושה של זרע שהופרה לאחר פטירת המוריש.

משה (סי' לח אות כג), שגם אחרי פטירת המוריש יש למוריש אחיזה בעזבונו, ואחיזה זו היא שמעכבת את היורשים האחרים מלחלט את העיזבון ברשותם. אבל לענ"ד ניתן לומר ביאור נוסף, בביאור גדר ירושה משונה זו, ומביאור זה יוצאת תולדה הלכתית נגזרת לשאלה שבפנינו, ואבאר דבריי. כל הנחת היסוד, שלא יכול להופיע בעולם יורש חדש שאליו תעבור הנחלה מיורש שקדם לו, אינה הכרחית כלל, ואכן מצאנו ירושות מעין אלו. ובטרים יתפרשו הדברים, אקדים ואומר את הדברים הבאים:

ו. ירושת הנולד לאחר פטירת המוריש, ירושת היבם את אחיו, וירושת מומר לאחר ששב בתשובה, דומים הם

ד"ר מיכאל ויגודה במאמרו הנ"ל¹⁹ שדן בשאלתנו ממש, ביקש להשוות דין זה של ירושת עובר מוקפא לדין של ירושת מומר. ותורף דבריו הוא כלהלן. לדעת חלק מהראשונים מומר אינו יורש. ונשאלה השאלה, האם כשיחזור המומר בתשובה לדת ישראל יחזור לירש את חלקו בעיזבון מורישו? והביא במאמרו דעת הפוסקים שהשיבו, שכיוון שלא ירש בשעתו כשמת מורישו, שוב לא יירש כשישוב בתשובה, שהרי אין לו מה לירש, שעזבון מורישו ביד אחרים ושייך לאחרים. כך כתבו בתוך דבריהם בשו"ת הרד"ך (בית כד חדר ב), המהרי"ט (ח"ב חו"מ סי' מא), ובשו"ת דברי ריבות (סי' שע). לפי עיקרון זה, ביקש ידידי הנ"ל לומר שאף בעובר מוקפא מאחר ובשעת מיתת המוריש לא היה עליו שם של יורש כלל, הרי גם כשיולד ויהא בנו של המוריש, נתרוקן העיזבון ושייך הוא לאחרים, ואין לו מה לירש, וכפי השאלה העקרונית שהוצגה לעיל.

אולם, השוואה זו אינה מוכרחת כלל, שיש לומר ששם בדין המומר, הרי גם בהיותו יורש הלכתי וביולוגי **נשללה** ממנו תורת הירושה, ולכן שוב אינה חוזרת. המומר הוא יורש שנשללה ממנו זכות הירושה (ויעויין בפוסקים הנ"ל, שהכל הוא לתא דקנסא, ולכן, בדין הוא שלא יחזור לאיתנו הראשון, וזו היא תשובתו הרמתה לאביו שבשמים, שלא יקבל דבר מירושתו מורישו). מה שאין כן בנידו"ד, כשמת המוריש לא היה הולד בר ירושה כלל ולא נשללה ממנו ירושה. ולכן בשעה שניתנה לו תורת יורש, מאן לימא לן שלא יירש? **וראיה לזה הוא מדינא דעובר עצמו למאן דס"ל שאין עובר יורש, ואעפ"כ, כשיולד יירש את חלקו.** ותימה על המחבר הנ"ל שלא שת לבו לזה במאמרו, על אף שברור לי שהיה מודע לקושי זה.

אולם, בלאו הכי, כל הנחת היסוד להשוואה זו מוטלת בספק, שהרי, לדעת חלק מהפוסקים אכן כשיחזור המומר בתשובה תחזור ירושתו אליו, ככל

19. הוזכר בתחילת פסק דין זה.

שנשאר משהו מהעזבון. יעויין ברא"ש קידושין (פ"א ס' כב-כג), וברמ"א חו"מ (ס' רפג סעי' ב), ובמהרי"ט (שם). ולפי זה, אדרבה, ממקום שבאת לסתור שם נמצא הבנין, שגם מירושת המומר ניתן לראות, שיש ירושה שבזמן מסוים היורש את העזבון היה פלוני, ולאחר מכן יירש את העזבון יורש אחר.

ירושא חריגה זו מוצאים אנו גם בירושת היבם, וכלהלן.

יבם יורש את כל עזבון אחיו שמת בלא זרע. אבל ירושה זו היא רק מרגע הייבום ואילך, ואם חלץ לה הרי הוא כשאר יורשים. ובאשר לשאלה, מה דינם של הנכסים בין מיתת האח לשעת הייבום, כתב בריב"ש (ס' שסה), שאין היבם זוכה בעזבון אחיו אלא משעת היבום ואילך, ולא למפרע, ואם אבי המת קיים, הנכסים ברשותו לכל דבר וענין עד לשעת היבום. וכן משמע בתוס' כתובות (פב ע"א ד"ה התם) ובר"ן ובמאירי (שם), ולכן אין היבם יכול למכור מנכסי אחיו קודם היבום דה"ל כדבר שלא בא לעולם, ואיננו אומרים שלאחר שייבם התברר למפרע שאת שלו מכר, עיי"ש²⁰.

כך כתב להדיא בשו"ת מהר"ח אור זרוע (ס' צב). ובספרי האחרונים בשו"ת אבני נזר (ס' קח ס"ק ב) ובשו"ת תירוש ויצהר (ס' כו). מעתה אמור, שגם ירושת היבם היא כמו ירושת מי שנולד לאחר פטירת המוריש, שעד היבום ירושת עזבון היא לשאר היורשים, ואילו מהיבום ואילך עוברת ירושת העזבון ליורש אחר, שהוא היבם.

בהתייחסות עם הגר"ז גולדברג שליט"א בשאלה עקרונית זו (שהסכים עם המסקנה האמורה בפסק דין זה) הוסיף שמצאנו מעין זה גם במכירה לזמן לדעת הרמב"ם (פכ"ג מהל' מכירה ה"ו). שמבואר שם, שבזמן מסוים הבעלות המוחלטת על הנכסים היא לפלוני, ולאחר מכן עוברת לאחר. והן אמת שכל סוגיית "אחריך", מוכיחה כן, ויבואר בהמשך²¹.

20. ולכן כתב בהפלאה (שם) שבדעת רש"י שביאר אחרת מהתוס' משמע שס"ל שלמפרע הוא יורש, ואין הכרח, ועיין בקצוה"ח (ס' רעח ס"ק יג) שדברי רש"י נסובו על חלקו כשאר האחים, ולא בתורת יבם, עיי"ש.

21. לאור האמור, שתי נקודות עקרוניות ומחודשות, יש באמור עד כאן: הראשונה, שדין ירושת העובר בהיותו עובר תלויה בשאלה, האם אמרין שכיוון שעתידי להיוולד הרי הוא כבר עתה כניולד, לדין הירושה. השניה, היא שישנה ירושה שחל בה שינוי לאחר פטירת המוריש, שנפסקת ירושתו של פלוני ובמקומו ניכנס יורש אחר, שלא ירש בשעת מיתת המוריש. והנה, לענ"ד נראה, ששתי נקודות אלו הם בבסיס המחלוקת של רבי יוסי וחכמים בירושת עובר המובאת לעיל. לא מצאנו שמחלוקת רבי יוסי וחכמים היא בלימוד מפסוק כל שהוא או בדרשה, מה שמוכיח שמחלוקתם היא בסברא בלבד. לדעת רבי יוסי עיקר החידוש במה שהנולד יורש לאחר הפטירה הוא שירושתו מתחילה כבר מהיותו עובר, שכל העומד להיוולד כנולד דמי. ואילו לדעת חכמים עיקר החידוש הוא אופן חדש של ירושה, ולכן אין צורך לומר את החידוש שירוש כבר מהיותו עובר, ודו"ק.

ז. מינוי אפוטרופוס להבטחת חלקו של עובר לכשיוולד

כפי האמור בתחילת דברנו, אם עובר יורש כבר בהיותו עובר, ברור שיש למנות אפוטרופוס על חלקו, וככל קטן שיוורש, שהרי כבר מפטירת המוריש, יש לו חלק ואין לאחרים בחלקו ולא כלום. אולם, מאחר והסקנו שבעובר מוקפא לכל הדעות אינו יורש בהיות עובר מוקפא, ואף גם זאת פשיטא לן, שלאחר שיוולד לכל הדעות יירש מהעזבון ככל יורש אחר, נשאלת השאלה, האם יש למנות לו כבר עתה אפוטרופוס להבטחת חלקו בעתיד? שאם לא כן, לכאורה, נפל פיתא בבירא, שנחלק עתה את העזבון כאילו אינו, ויעשו היורשים האחרים בעזבון כרצונם, וכשיוולד לא יהיה לו מה לירש כלל.

לעיל הובאה המחלוקת באחרונים, למאן דאמר שאין עובר יורש, האם כשיוולד יורשתו תהיה למפרע משעת מיתת המוריש, או רק משעת הלידה ולהבא? בשאלה המוצגת כאן, היה נראה לומר, שלמ"ד שירשתו למפרע היא, וודאי שיש למנות אפוטרופוס על חלקו כדי לשמר את חלקו לכשיבוא לעולם, וכל הפעולות שייעשו בעזבון בטרם לידתו יהיו בטלות ומבוטלות, שהרי למפרע הוא יורש, והתברר שמה עשו לא עשו בשלהם אלא בשלו. כך נראה מהמרחשת (ח"ב סי' לח אות א ס"ק ב) ובחלקת יואב (חור"מ סי' יא). אולם, כל דברי המרחשת מיוסדים על הקושי, שכיצד ייתכן שיירש רק מכאן ולהבא, ושעד אז תהיה הירושה שייכת ליורש אחר, ולכן הסיק שהירושה למפרע היא. לפי זה ביאר אף את דברי הרשב"א בתשובה, ביחס לצורך למנות אפוטרופוס, המובאת להלן. אבל אחר מחיכ"ת ועפרא דקיקא אנא קמיה, אין הכרח לומר כן, וכפי שהתבאר, שאין תימה לומר שיש ירושה באופן שכזה. כך בבן שנולד אחרי מיתת אביו בנוגע לירושת אביו וכך ביבם לירושת אחיו, שעד הופעת יורשים אלו אכן היה העזבון שייך ליורש אחר, ורק מכאן ולהבא שייכת לבן שנולד או ליבם. ואע"פ שנאמר כן, הוצרך הרשב"א לומר, שיש צורך למנות אפוטרופוס כדי לשמר את חלקו בעזבון, ואבאר דבריי, אף שאינם מוכרחים, ובדרך אפשר ניתנים הם להיאמר.

הרשב"א בתשובה זו, הוא ניהו האבן פינה שממנו תוצאת חיים, לצורך למנות אפוטרופוס לחלקו של עובר. הביאור ברשב"א וטעמו נלע"ד שהוא שונה מטעמו של המרחשת, ואינו נובע מהגדרת הירושה למפרע. בביאור דלהלן, יש נפ"מ גדולה לכל מה שנעשה בעזבון בעובר, ואף נפ"מ לנידו"ד בעובר מוקפא. לדעתי, בהתאם לאמור להלן לא נצטרך למנות אפוטרופוס על חלקו של עובר מוקפא כלל, וזאת, על אף שנצטרך להודיע כבר מעתה ליורשי העזבון, שיתכן שעם לידת הוולד בעתיד, נצטרך לערוך שינוי בצו הירושה, וכפי שיבואר.

לפנינו תשובת הרשב"א (שו"ת הרשב"א חלק ב סימן שעא) כלשונה.

הרשב"א נשאל:

"מי שמת, ויש לו בנים גדולים, והניח אשתו מעוברת. ובאו גדולים לחלוק ביניהם כל הנכסים. והאלמנה מעכבת על ידם, שמא זכר הוא, ונוטל חלק בנכסים... מי נימא: שהעובר ממעט בחלקם... או נאמר: שאין חוששין למיעוט, דכל היולדות, מחצה זכרים ומחצה נקבות, ומיעוט מפילות, והוא ליה זכר מיעוט או דלימא מעמידין אפטרופוס לעובר, כההיא דפרק אלמנה לכהן גדול (יבמות סז ע"ב)".

על כך השיב הרשב"א:

"הדין עם האלמנה, שאף על פי שאמרו: שאין חוששין למיעוטא היינו דוקא שלא לפסול את העבדים מלאכול בתרומה. אבל שיטלו האחים את הנכסים כולם, לא. **שאם כן, לקתה מדת הדין בכך, שאם תלד זכר, נמצא מפסיד כל חלקו, דלמא שמטי האחים, ואכלי כל חלקו של זה.** ותדע לך, שאין למדין דין הירושה מדין עבדים שאוכלין בתרומה, שהרי לרבנן דקיימא לן כותיהו, דאמרי: שאין זכיה לעובר, הא אמרי יש לו בנים, אוכלין בשביל בנים. אין לו בנים, אוכלין בשביל אחים. אין לו אחין, אוכלין בשביל משפחה. ולענין ירושה, ודאי לא אמרי רבנן הכי, שיוכלו האחים או בני משפחה ליטול הנכסים, ולומר: עכשו אין זכיה לעובר, ונטול את הנכסים אנו, עד שיצא הוולד לאויר העולם. אלא שאם באו האחים הילודים ליטול חלקם, עושים להם כרב נחמן, ומעמידין אפטרופוס לעובר, **ליטול את חלקו, עד שנדע אם זכר אם נקבה**"²².

תשובת רשב"א זו הובאה בבית יוסף (סי' רפט מחודשות א) מבלי חולק, והיה נראה מתוך כך, שכן סובר הבית יוסף להלכה. בב"י שם ציין לראות בדברי הטור ריש סי' ר"צ, וחזר על כך בב"י סי' ר"צ שם, וכוונתו היא למה שכתב הטור: "מי שמת והניח יורשין קטנים או **שאשתו מעוברת...** ממנים אפטרופוס. ולכאורה, הן הן דברי הרשב"א ממש, שיש למנות אפטרופוס לחלקו של העובר לכשיוולד, ומדוע הוצרך הב"י לכתוב ועיין וכו'. והנה הב"י בסי' ר"צ כתב על דברי הטור, שכך הם דברי הרמב"ם (פ"י מהל' נחלות ה"ה), וכוונתו היא לדין הכללי, שיש למנות אפטרופוס ליורשים קטנים, **ולא לדין העובר**, שהרי הרמב"ם שם לא כתב "אשתו מעוברת", רק שיש למנות אפטרופוס בהניח יורשים קטנים.

לענ"ד ביאור דברי הב"י הם כלהלן. במה שכתב הטור שממנים אפטרופוס לחלקו של עובר יש לומר, שזה משום ש"ל שעובר יורש, וכדעת אביו הרא"ש וכדעת הראב"ד ועוד רבים מהראשונים (הובאו חלקם

22. ואף שברור שעיקר השאלה ברשב"א היא עד כמה לחיישין למיעוטא לענין הירושה, אבל מכל מקום נתחדש בדברי הרשב"א הללו העמדת אפטרופוס לחלקו של עובר שעל זה נסובו בעיקר דברי הבית יוסף דלהלן.

לעיל). למ"ד עובר יורש, ודאי שצריך למנות אפטרופוס לחלקו וככל יורש קטן. לפי זה, אין הכרח מדברי הטור לומר, שיסבור שכך הוא הדין למ"ד שאין עובר יורש, ואכן ברמב"ם השמיט "מעוברת", שלדעת הבית יוסף הרמב"ם ס"ל שאין עובר יורש. מטעם זה לא כתב הב"י בדברי הרשב"א ודברי הטור אחד הם²³, שהטור כתב דין זה משום שס"ל שעובר יורש, אבל הרשב"א כתב דבריו אפילו למאי דס"ל שעובר אינו יורש. אבל אין הכי נמי, אם נפסוק להלכה שעובר יורש ודאי שצריך למנות אפטרופוס. כך ניתן לפרש דברי השו"ע (שם סעי' א), שהעתיק דברי הטור, וכלל בדבריו גם "אשתו מעוברת" שזה רק משום שס"ל שעובר יורש, וכן משמע שם בביאור הגר"א (ס"ק א) להדיא. מכל מקום, לביאור זה אין ראיה כלל ממה שהביא הב"י בדברי הרשב"א הללו בלא חולק, דהכי ס"ל גם למ"ד שאין עובר יורש, דשם זה רק בגלל שלמין הב"י ס"ל שעובר יורש, ולכן בלאו הכי, ממנים אפטרופוס לחלקו של עובר.

לפי זה, בנדו"ד שעובר מוקפא לכו"ע אינו יורש בהיותו עובר מוקפא, ורק לכשיוולד יורש, אין הכרח לומר שלדעת הב"י נעמיד אפטרופוס לחלקו כדעת הרשב"א, ודו"ק.

אבל עוד יותר מזה כתוב כאן, וכלהלן,

ח. הביאור בדברי הרשב"א, והשלכתו לעובר מוקפא

אבל לענ"ד בהעמיק חקר בדברי הרשב"א ובלשונו, נראה שמטרת מינוי האפטרופוס היא שונה ממה שהיה נראה לפום ריהטא. ונשוב ונאמר שהמרחשת והחלקת יואב ביארו ברשב"א שטעמו הוא משום שס"ל שהולד יורש למפרע. אבל כבר מילתנו אמורה, שמלבד מה שלא מצאנו מי שיאמר כן להדיא **בראשונים**, ואף מדברי התוס' דלעיל, אין הכרח לומר כן שזוהי מסקנתם, וכמבואר לעיל, הנה אף הרשב"א בתשובה זו לא אמר כן מפורשות. אילו זה היה טעמו, לכאורה, העיקר חסר מהספר, כיצד לא הוזכרה כלל הגדרה זו בדבריו ולו ברמז. אדרבה, מהרשב"א מוכח לכאורה, שגם הוא פשיטא ליה שהולד יורש רק מכאן ולהבא.

ביאור דברי הרשב"א לענ"ד הוא כך, שמכיוון שס"ל בפשטות שרק משעת הלידה ולהבא הוא יורש, לכן כתב "דלמא דשמטי ואכלי". אילו לדעתו היתה ירושתו למפרע, היה לרשב"א לומר, דלאו דידהו קאכלי, והיה עליהם להשיב כל מה שאכלו, וככל מי שאוכל מנכסי חברו אף בשוגג ובאונס, ולכל הפחות, מדין משתרשי להו, ואם כן, מהו חששו של הרשב"א, שיאכלו מה שיאכלו ואם יתברר שהיה שלו, ישלמו לאחר מכן כל מה

23. ויש לעיין, שבב"י ישנה סתירה לדבריו שבכס"מ אי עובר יורש אי לאו, בדעת הרמב"ם, וכמו שציינו האחרונים.

שאכלו. עוד יש לדקדק, מדוע חששו הוא "ואכלי כל חלקו של זה", ואם יאכלו רק מקצתו זו לא סיבה להעמדת אפוטרופוס? ! אתמהא.

והנה, עוד יש לדקדק בלשון הרשב"א, מדוע הוצרך לומר, שאם יאכלו את חלקו "לקתה מידת הדין", הרי אם העובר שיוולד יורש הוא למפרע, נמצא שהם גוזלים אותו את חלקו שלו. וכי מה שממנים אפוטרופוס לחלקו של קטן זה רק מחמת שלא תלקה מידת הדין? הלא יהא זה גזל גמור!

לאור האמור, שהשיטה העיקרית היא, שהירושה היא מהלידה ואילך, פשוט לכאורה שלשיטה זו, יש להבחין בין שבח הנכסים ופירותיהם לגוף הנכסים עצמם. לעולם, שבח הנכסים ופירותיהם ייתכן שיהיו ליורשים האחרים, ובפרט אם נאכלו בטרם לידת העובר, ולא יהיו שייכים לעובר לכשיוולד, אבל בגוף הנכסים ככל שיהיו קיימים כשנולד העובר, נצטרך להעביר לוולד את חלקו היחסי בהם ככל יורש אחר.

וכאן נשאלת השאלה, האם יש למנות אפוטרופוס לצורך הבטחת החלק הזה בגוף הנכסים שבעיזבון, שאחרת ייתכן שלא יישאר לו דבר. ועל כך הזכיר הרשב"א בתשובתו (שאמנם, זה נכתב בתשובה, רק דרך אגב), שיש להעמיד להם אפוטרופוס, והטעם הוא, רק מחמת שלא תלקה מידת הדין, שאף אם נתננו ליורשים האחרים גם את חלקו היחסי של העובר בטרם לידתו, וגם אם ישתמשו בו ויאכלו את פירותיו, אין זה גזל בידם. אבל כתב הרשב"א שיש טעם אחר להימנע מלתת להם את חלקו העתידי, והוא רק מחמת "דלמא שמטי אחים חלקו ואכלי כל חלקו של זה", ואין זה גזל כלל אלא שלוקה היא מידת הדין, שנמצא שהתוכנית המקורית, שכשיוולד יהיה לו חלק בעיזבון אביו, מגמה זו לא תתקיים²⁴.

ולהטעים הביאור הנ"ל בדברי הרשב"א – שאע"פ שאין לוולד אלא מרגע שנולד ואילך, בכל זאת, יש לדאוג שלא יתכלה כל חלקו בעיזבון שאמור היה להגיע לו – נביא את הדין הבא מסוגיית "ואחריך לפלוני".

ירושלמי "ואחריך לפלוני"

הנה, אדם שנתן מרכושו לאחר במתנה ואמר לו "ואחריך לפלוני", הדין הוא כרשב"ג, שלאחר מיתת הראשון אין לשני אלא מה ששייר ראשון. ואם מכר הראשון את מה שקיבל במתנה מה שעשה עשוי, ואין השני יכול להוציא מהלקוחות, שכל מה שעשה ראשון בנכסים, יש לו תוקף משפטי כבעלים גמור, ולכן, "אפילו היה בהן עבדים והוציאן הראשון לחירות או

24. וצריך עדיין עיון בזה, דלמא בכל גוונא שזכותו של אדם היא למפרע אין זה גזל כלל, ורק מידת הדין יש כאן, אבל מכל מקום, אין הכרח בדברי הרשב"א הללו שלמפרע הוא יורש, וכדברי המרחשת, ואדרבה לכאורה איפכא הוא.

כלים ועשאן תכריכין למת, מעשיו קיימין" (בבא בתרא דף קלז ע"א, ובעוד כמה דוכתי בש"ס, רמב"ם פ"ב מהל' זכיה ומתנה ה"ט, ושו"ע חו"מ סי' רמח סעי' ג).

על אף האמור, הלכה פסוקה היא, ש"איזהו רשע ערום זה המשיא עצה למכור בנכסים כרשב"ג", דהיינו מי שמשיא עצה לראשון למכור את הנכסים ובכך לא יזכה בהם השני, ותישאר תמורתם בתוך משפחתו, רשע הוא, ואסור לעשות כן (ב"ב שם, ובמקורות ההלכה הנ"ל). וכתבו הראשונים, שטעם האיסור הוא לפי שעובר על רצון הנותן, שרצה להשאיר לשני במתנתו, ואע"פ שהנותן לא עיגן את רצונו ואת כוונתו במנגנון משפטי, שהיה מונע את אפשרות מכירה, מכל מקום, יש לו לראשון לפעול בהתאם לרצון הנותן (על פי הרשב"ם והראשונים שם, ולכן כתב שהמשיא עצה הוא רשע, שחוטא ולא לו, אבל האיסור קיים גם אצל הראשון, אלא שאינו נקרא רשע עיי"ש, ועיין סמ"ע (שם ס"ק יא) במה שנחלק על הע"ש, ומהרשב"ם הנ"ל להדיא כסמ"ע שגם שהראשון עובר על איסור ולא רק המשיא לו עצה, אבל אינו נקרא רשע בשביל זה, וכן הוא בריטב"א שם, ובעוד ראשונים על אתר, עיי"ש).

ולענ"ד, על דרך הצחות נאמר, שאם בסוגיית "אחרין" יש לפעול בהתאם לרצון הנותן, קל וחומר וכן בנו של קל וחומר, שיש לפעול בהתאם לכוונת נותן התורה שהוולד שיולד שהוא בנו של המוריש, יירש את מה שיישאר לחלקו בעיזבון, ואע"פ שכל זמן שעדיין לא נולד אין לעובר בעיזבון ולא כלום. זוהי כוונת הרשב"א במה שכתב "שלא תלקה מידת הדין", אין פה גזלת חלקו של הוולד, אלא מידת הדין הראויה להיות תיפגם במעשיהם, שיהיה כאן בן שלא יירש את אביו כלל. לפי זה, מובן מדוע הרשב"א לא כתב שהיורשים האחרים אינם רשאים לעשות בחלקו של העובר כבשלהם, לא זה החשש ולא זה הטעם. כל חששו הוא רק שמא יתכלה כל חלקו בעיזבון. ואכן, אילולי חשש זה והיינו מבטיחים שחלקו לא יתכלה לחלוטין, היו היורשים רשאים לאכול הפירות כל זמן שהעובר עדיין לא נולד, וכפי שכתבו להדיא הב"ח והיד רמ"ה הנ"ל, ואפושי פלוגתא לא מפשינן, ומכש"כ שדקדוק לשון הרשב"א מורה כמבואר.

נמצא שדברי הרשב"א הם כדברי הראש יוסף שהוזכרו לעיל, שלכתחילה, יש למנוע את האפשרות של כילוי החלק היחסי בעיזבון, אבל אם היורשים האחרים מכרו או שנתכלה על ידם בדרך אחרת, מה שעשו עשוי, ואין לוולד תביעה משפטית כנגדם להשבת חלקו. וכך מתבאר שיטת הלח"מ שהובאה לעיל באותו הקשר.

מכל מקום, נתבאר כאן גדר מיוחד, שיש ענין להבטיח אפשרות הקיום של זכות עתידית למי שיהיה זכאי לה, אף אם אין הזכות מתבררת למפרע, והיא היא מידת הדין הראויה.

והשלכה מעשית מביאור זה בדברי הרשב"א היא בשני צדדים.

האחד, שכל הדאגה היא להשאת חלק העובר בגוף העיזבון, אבל פירות העיזבון אם הם נאכלו, נאכלו הם ליורשים, ואין לעובר עליהם כלום (ואמנם, אם הפירות עדיין קיימים יש עוד לדון בזה).

השני הוא בנידו"ד בעובר מוקפא. אם כל הטעם הוא לפי האמור, רק שלא תלקה מידת הדין, ואין כאן גזלה של ממש מחלקו של העובר. מינוי האפטרופוס הוא רק כדי למנוע שלא יישאר לעובר מה לירש כלל. לכן מינוי זה הוא רק עד הלידה שהיא צפויה מראש ולזמן קצוב²⁵, ואינה דומה בהכרח למינוי רגיל של אפטרופוס של קטנים שנועד לכלכל את נכסי הקטנים כראוי.

לפי זה, בעוברים מוקפאים שאין זמן קצוב להמתנה עד ללידה בפועל, וייתכן שזה יקח שנים, במקרה שכזה, אז אדרבה, אם נמתין ללא זמן קצוב כל שהוא, **תלקה מידת הדין כלפי היורשים הנוכחיים**, שיימנעו מלפעול בעיזבון (באותו חלק יחסי) ולהשביחו ולעשות בו כבשלהם, וייתכן שיתברר בסופו של דבר, שלא נולד דבר²⁶, וכל ההמתנה היתה שלא לצורך. ונמצא שרצוננו להגן על הזכות העתידים של הולד מפסידה את היורשים הנוכחים. ובכה"ג שב ואל תעשה עדיף, שאיזו מידת הדין ראוייה יותר להגנה.

עוד האירני העירני העוזר המשפטי הרב מאיר אורליאן שליט"א, שלפי המשך דברי הרשב"א שם שלתאומים בכל אופן לא חיישינן, שזה מיעוטא דמיעוטא עיי"ש בתשובה, ומטעם זה לא מוקמינן אפטרופוס לשני חלקים עובר התאומים, הרי שבעובר מוקפא לאור הנסיבות המיוחדות, שהחזרת העובר, הלידה עצמה, ולית זכר בדוקא הם מיעוטא דמיעוטא, אין לחשוש להם עד כדי העמדת אפטרופוס לחלקו כבר מעתה, ודברים נכוחים הם, ומצטרפים לאמור.

אשר על כן, מסקנתנו היא, שאין צורך הלכתי להשאיר מהעיזבון את החלק היחסי של העוברים המוקפאים, ולמנות עליו אפטרופוס כדי לשמר את חלקם לכשיוולדו.

אולם, ייתכן שמרגע שיושתל עובר זה ברחמה של האם, ויתחיל הריון רגיל יציב ומבטיח, יהיה צורך לבחון את השאת החלק היחסי ממה שנותר ולמנות עליו אפטרופוס, וכפשטות הרשב"א הנ"ל.

25. ולאחר הלידה, תפקיד האפטרופוס הוא ניהול חלקו של הקטין כבכל חלקם של קטנים בעיזבון.

26. ולפי זה ייתכן שנקצוב זמן לאלמנה להשתלט העוברים שבזמן זה ימונה אפטרופוס לחלקם מטעם שלא תלקה מידת הדין ולאחר מכן אם לא הושתלו תחולק כל הירושה מטעם זה גופו שלא תלקה מידת הדין.

מכל מקום, לאחר שיוולד הולד אינני רואה סיבה מדוע לא יירש את חלקו היחסי, במה שיישאר אז מהעזבון המקורי, ולכן, על אף שלא נמנה אפטרופוס על חלקו מעתה, יש להודיע למקבלי הירושה העכשוויים, שאם ישתל העובר ברחמה של האם ויתפתח לידי ביטחון סביר שיוולד וולד יש לדון מחדש בעזבון שיישאר נכון לזמן ההוא, ולפעול בהתאם לאמור, ו"דיה לשמחה בשעתה". אבל עד אז רשאים היורשים האחרים לעשות בעזבון כאילו אין יורש נוסף.²⁷

ט. ביאור משמעות הירושה בולד משעת הלידה ואילך, והשלכתו של ביאור זה.

וכדי להשלים הביאור בהבנת מנגנון ירושה משונה זה, שעד הלידה היה מוריש אחד ולאחר הלידה נעשה הולד יורש, נסיף את הדברים הבאים, שיש להם גם השלכות מעשיות, ויהיו בדרך אפשר, ואף בבחינת "להגדיל תורה ולהאדירה".

הנה, יש שביארו ירושה משונה זו, שהעובר יורש לכשיוולד רק מהלידה ולהבא, על אף שהמוריש הלך לעולמו לפני לידתו, לפי שיטת רש"י, וכלהלן.

בשיעורי ר' שמואל (בבא בתרא יג אות רכח) הביא בשם המהר"ח או"ז (סי קכא) שהבין בדעת רש"י (חולין כה ע"ב ד"ה וכשחייבין) שלפני חלוקת העזבון בפועל הממון בחזקת המוריש הוא. לפי זה ביאר הגאון ר' שמואל זצ"ל, את דברי ה"ראש יוסף" שהביא האור שמח שהובאו לעיל, שמכיוון, שאין העזבון נופל לידי היורש רק מרגע החלוקה ואילך, הרי שאין לעובר שעדיין לא נולד אחיזה כל שהיא בעזבון, שנאמר שאחיזה זו תמנע ותעכב על המכירה של היורשים האחרים, שכלפיהם כבר חולק העזבון.

והן אמת, שלא אחד, שלא ירדתי לסוף דעתו, מקוצר המשיג, שאם כדבריו לכאורה, ממאי נפשך, שאם החלוקה אינה חלוקה גם היורשים האחרים לא יוכלו למכור את חלקם, שעדיין ברשות המוריש הוא. ויעדיין משנת יעב"ץ (חומ"מ ס' כח אות ה-ו), ובקונטרס בית דוד (עמ' קלג-קלח), מאמרו של הרב זולטי, שביאר לפי הגדרה זו ברש"י גדרים נוספים בירושת עובר. מכל מקום, גם לפי דבריהם דעת רש"י זו היא יחידאית, וקשה לפרש על פיה את דברי כל הפוסקים האחרים, שלא הזכירו כלל את דעת רש"י זו, ולא כתבו להדיא חידוש מפליג זה, שעזבון המוריש עדיין ברשותו של המוריש הוא עד שיחולק ויועבר ליורשים.

27. שאלה מעניינת, שתבהיר את זכות הנולד לרשת, היא מה יקרה אם יורש אחד מכר את חלקו, והשני לא, כיצד יגבה העובר את חלקו לכשיוולד, האם תתבטל החלוקה לחלוטין, ואף בשאלה זו נאמר, דיה לשאלה בשעתה.

ולענ"ד יש לפרש אף את דברי הרש"י שהובאו בדבריהם בדרך אחרת, וכל כוונתו היא לומר, שאותם דינים שהיו בנכסים לפני פטירת המוריש בעינים עומדים, ונפ"מ לקלבון, יעויין שם²⁸, ואכמ"ל. אבל יותר נראה בביאור דברי הרש"י והמהר"ח או"ז הנ"ל, בהתאם להגדרת ירושת הבן, דברא כרעא דאבוה, וככל שיבואר להלן.

מבואר לעיל, שירושה משונה מעין זו (המצויה בפוסקים מפורשות) מצויה רק בולד שנולד לאחר מיתת המוריש וביבם המייבם לאחר מיתת אחיו²⁹. ונראה לומר, שירושות אלו שונות הם בהגדרתם משאר הירושות, ודרך הפעלת הירושה שונה היא.

בשאר הירושות הירושה מתייחסת לבעלות על נכסי המוריש. הנכסים היו בבעלות המוריש עד פטירתו, "ובמתים חופשי", ולכן בעלותו פוקעת עם פטירתו, ובאה התורה בדיני הירושה השונים וקובעת מי יהיו הבעלים החדשים על נכסיו מכאן ואילך³⁰. דיני הירושה במובן זה הם הוראות המתייחסות לעיזבון, ואלמלי הוראות אלו היה ראוי שעזיבון זה יהיה הפקר וכפי שמוצאים בנכסי הגר שמת ללא יורשים. מה שאין כן, ירושת הבנים והיבם אינם פועלים בדרך זו של העברת בעלות. כאן באה הגדרה אחרת. פה אומרת התורה, שהבן עומד במקום אביו, וכביכול, האב עדיין חי וממשיך לממש את הבעלות שלו על הנכסים דרך בנו, ומכוח זה הוא יורשו³¹.

י. ירושת היבם³²

בירושת היבם כתוב מפורש הוא "יקום על שם אחיו המת ולא ימחה שמו מישראל" (דברים כה, ו), שנדרש על ירושת היבם את אחיו המת (יבמות דף כד ע"א). הרי לפנינו, שדרך האמירה הזו שהיבם מחיה את קיומו של האב המת, בזה כללה התורה גם את הדין שהיבם יורש את אחיו. דין זה של ירושת היבם לא נכתב להדיא בתורה, ואף לא הוזכרה כלל, אפילו לא ברמז, בפרשת הירושה בפרשת פנחס. בכך מגדירה התורה את ירושת היבם,

28. שכן כתב: "ופטורין מן הקלבון (האחים השותפין שעוד לא חלקו העיזבון) לגמרי, ששוקלין בין שניהם שקל שלם שממון אביהם בחזקתו עומד ואביהם השוקל על בניו או על אחד מבני עירו ופוטרו בשלו, פטור מן הקלבון". תוספת הקלבון למחצית השקל זהו דין דרבנן, וקאמר רש"י שטעם הפטור מן הקלבון באחים היורשים בטרם החלוקה, הוא כאילו אביהם קיים והוא שוקל עליהם שאז פטור מקלבון. ואין מכאן הכרע לומר הגדרה חדשה בירושה. וגם מדברי המהר"ח או"ז שם אין הכרע כלל לומר גדר דין חדש, יעויין שם.

29. ומה שהוזכר מירושת המומר לאחר שיחזור בתשובה, כבר נתבאר שזהו קנסא דרבנן ואין להסיק ממנו.

30. יעויין אמרי משה (סי' לח) דיון בהגדרה מעין זו, שיש רגע כמימריה שהנכסים הם כביכול הפקר, והתורה מעניקה אותם ליורשים הכתובים בתורה.

31. וייתכן לומר שזה עומק הפשט בדין שכל יוצאי ירכו של אדם קודמים לשאר היורשים, וגם נכד נינו קודם לאחיו, ואכמ"ל.

32. על שיטות הראשונים מהו גדר מעמד היורש של היבם, ראה בספר **רפואה מציאות והלכה**, סימן כו, פרק ז. -- העורך.

שאיננה העברת העיזבון מבעלות המוריש לבעלות היבם אלא הקמת היבם והעמדתו במקום האח המת, וכאילו האח עדיין חי.

לכן אין תימה בכך, משעדי הייבום עצמו היו הנכסים ברשות יורש אחר, שככל יורש אחר הנכסים הם בבעלותו המוחלטת כל זמן שהוא היורש, אבל מהייבום ואילך פוקעת בעלותו של היורש, ונכנס במקומו מי שקם על שם המת, בכל מה שנשאר בעיזבון. דא היא פיקודא וגזירת אורייתא.

לפי זה, מתבאר היטב שיטת רש"י במה שאין היבם יורש בראוי כבמחוזק, שבכור קרייה רחמנא. לדעת רש"י וסיעתו, אין זה אלא כלפי מה שירש האח המת בנכסי אבי אביו שמת לאחריו (שגם בזה נכנס היבם תחתיו), אבל במה שירש היבם מעזבון האח שמת ובנכסי אביו, ראוי ומוחזק אחד הם, ואת הכל יורש היבם, וטעמם מתבאר **"דחא יקום על שם אחיו כתיב והרי הוא כאילו היה אחיו קיים ובמקום אחיו עומד"** (תשובות מיימוניות משפטים סי' נא, ויעוין התשובה שם באורך, בביאור דעת בה"ג החולק, שעשאוהו כבן של האח המת ולא כאח עצמו). ויעוין באור זרוע (ח"א סי' תרמב) שהגדיר את היבם כבא בהרשאת אחיו המת.

יא. ירושת הבן

ובדומה לזה ומעין זה, נראה לומר בהגדרת ירושת הבן. לא את העיזבון אנו מעבירים מהאב לבן אלא את הבן אנחנו מעמידים במקום האב. זוהי הגדרת ירושת הבן, וקרא כתיב **"תחת אבותיך יהיו בניך"**, ומימרא דשגירא בלישני דאינשי ובכמה דוכתי **"ברא כרעא דאבוה"**³³, ויעוין בבבא בתרא (דף קנט ע"א, וברשב"ם שם ע"ב ד"ה ומשני) שפסוק זה **"תחת אבותיך יהיו בניך"** בא לומר דין בירושת הבנים³⁴. לפי זה, שונה ירושת הבן אף בדין זה בו אנו עסוקים, שלפיו ייתכן שהבן יירש לאחר פטירת אביו המוריש, ואף על פי שעד לידתו היה העיזבון בידי יורש אחר, וכשם שמצאנו ביבם, וכמובאר.

זהו פירוש רש"י ומהר"ח או"ז הנ"ל שהעיזבון עדיין ברשות המוריש הוא ובחזקתו לדין קילבון, שמאחר והבן קם תחת אביו בעזבונו, הרי שכל הדינים שהיו לאביו בעיזבון זה ממשיכים הם, ולכן פטורים הם מהקילבון, עיי"ש, ואזדי לטעמייהו הן בהגדרת ירושת היבם והן בהגדרת ירושת הבן, וככל המבואר.

והנה לפי הגדרה זו מתבארים הכתובים בפרשת ירושה כמין חומר, שכך נאמר:

33. ונפלאתי לגלות שאין לשון זו מופיעה בש"ס. עי' עירובין (דף ע"ב) **"יורש כרעיה דאבוה הוא"**.

34. והן אמת שיש שחקרו בכל דיני ירושה האם היורש קם תחת המוריש, ולאו דוקא בבן, וכמבואר בכמה מספרי שיעורי ראשי הישיבות, אבל לענ"ד העיקר הוא שרק בבן ניתן לומר כן.

"ואל בני ישראל תדבר לאמר, **איש כי ימות וכן אין לו** והעברתם את נחלתו לבתו. ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאחיו. ואם אין לו אחים, ונתתם את נחלתו לאחי אביו" (במדבר כז, ח-י).

ולכאורה תימה גדולה, שעיקר דין הירושה שהבן יורש את אביו לא נאמר בפסוק כלל³⁵. לפי האמור נחא, שאין זו נתינת הנחלה והעזובון לבן אלא העמדת הבן במקום האב.

במובן מסויים, ירושת הבן אינה מדיני ירושה כלל, ולכן דיני הירושה מתחילים רק מהמצב שאין למנוח בן. לא היה שייך לומר "ואיש כי ימות, ונתתם את נחלתו לבנו". אין ירושת הבן בבחינת נתינת העזובון לבן כלל, אלא העמדת הבן במקום אביו.

לפי זה, מתבארת אף הגדרת ירושת הגוי.

דבר תורה הבן יורש את אביו הגוי (קידושין דף יז ע"ב), וישראל שלקח מירושתו עובר על איסור גזל. וכתבו רבים מהראשונים שדין זה הוא רק בבן את אביו ולא בשאר יורשים³⁶ (רמב"ם פ"ו מהל' נחלות ה"ט, וסמ"ג עשין צו, ועיין תומים ס" עב ס"ק נו והגהות רעק"א בשו"ע חו"מ סי' רפג סעי' א, ועוד). ואף שמה, שבן יורש את אביו הגוי זה נלמד מקרא (קידושין שם) ואין לך אלא חידוש, אבל סוף סוף טעמא בעי, במה שונה היא ירושת הבן משאר יורשים? לפי המבואר, טעמא רבתי איכא במילתא, שאין ירושת הבן בכלל דיני הירושות, שנתחדשו בפרשת ירושה של תורה, והיא נובעת מהגדרת הייחוס של בן לאביו, וממה שהוא עומד תחת אביו, וזה נתחדש מהלימוד שכשם שהגדרה זו נכונה בישראל כך היא נכונה גם בגוי. ויעויין קובץ שיעורים (כבא בתרא אות שנו) שביאר לפי הראשונים הנ"ל, את דברי אברהם אבינו ע"ה "הן לי לא נתת זרע, והנה בן ביתי יורש אותי" (בראשית טו, ג). וכי מי שאין לו בן, אין לו יורשים אחרים? ולנ"ל מבואר, שהיה דינו כבן נח, שאין יורש אותו רק בנו. ולדברנו מוטעמים הדברים היטב, שלא בעיית הנחלה עמדה בפני אאע"ה אלא מי יעמוד תחתיו. ותשובת השי"ת לא יירשך זה וכו' היינו, שיבוא מי שיעמוד במקומך וימשיך אותך. לא אמירה בדיני ירושה יש כאן, אלא ביסוד ההווה הישראלית.

ולכן, יש מהראשונים שכתבו שבירושת הגוי, הבן והבת שוים ונוטלים בשווה בעיזבון אביהם, ואין הבכור נוטל פי שניים (רש"י יבמות סב ע"א, ותוד"ה דלאו, ומאירי שם, ובירושלמי בבא בתרא פ"ח ה"א איתא "חכמי אומות העולם אומרים, בן ובת שוים"), שאין דיני ירושה שנתחדשו בישראל חלים בעיזבון הגוי כלל, גם ביחס לירושת הבן.

35. ועיין במפרשים על אתר, מה שבארו בזה.

36. ובפשוט בנוגע לשאר יורשים, יידונו לפי הלכותיהם במדינתם, ואין התורה מורה להם כיצד לפעול, כמבואר באריכות בשו"ת מנחת שלמה (סי' פו).

וזאת למודעי, שמה שכתבנו ביחס לבן שעומד תחת אביו לעזובנו, הוא הדין והוא הטעם בנוגע לבת בעיזבון אביה. כאשר אין בן, עומדת הבת תחת אביה, ואינה רק יורשתו במובן הרגיל, וזה עיקר מה שנתחדש בפרשת בנות צלופחד, שמה שנכון לגבי בן נכון גם לגבי הבת כאשר אין בן. ולכן, מי שסובר שירושת הגוי מן התורה היא שרק הבן יורש ולא שאר יורשים, בכלל זה נכללת גם מה שהבת יורשת את אביה (מנחת חינוך מצוה ת), ועוד יתרה מזו ששווה היא לבן לכל דבר, וכמבואר לעיל.

ולפי זה, מתבארת היטב לשון הכתוב דלעיל, שלגבי שאר יורשים נאמר **"ונתתם את נחלתו לאחיו... ונתתם לאחי אביו... ונתתם לשארו הקרוב אליו"**, ואילו, כשאין בן נאמר, **"העברתם את נחלתו לבתו"**, ודרשת חז"ל ידועה, ועיין רש"י ובמפרשים על אתר. אולם לפי האמור, ביקשה התורה לומר בזה, שאמנם כשיש בן אין הבת יורשת, אבל כשאין בן, ויש בת, הרי שירושת הבת אינה כשאר היורשים במתכונת של **נתינת הנחלה אליה**, אלא **אף היא עומדת במקום אביה** כמו בן, ומצד זה היא יורשתו. לשון **העברת הנחלה** משתמעת גם כך, ופרשת בנות צלופחד בנחלת הארץ תוכיח. ועדיין צ"ע³⁷. ועיין בשו"ת מהרשד"ם (חו"מ סי' שח) **"דברא או ברתא כרעא דאבוה הוי"**.

סוף דבר נוכל לומר, שמה שמצאנו שירושת העובר לכשיוולד היא מלידתו ואילך, ומשונה ירושה זו משאר הירושות, אין בכך תימה כלל. שינוי זה הוא תולדה של הגדרת הירושה בבן כלפי אביו שהוא עומד תחת אביו, וככל המבואר, ולכן ירושתו מתייחסת רק למה שנותר מעיזבון אביו בשעת לידתו.

איברא, שלכאורה, לפי זה יצא לנו דבר מחודש, שלענ"ד יש בו אמת על אף שעדיין צריך תלמוד, שדין זה נכון רק ביחס לעובר הבא לרשת את אביו, אבל בשאר יורשים וכגון אחיין שנולד לאחר פטירת דודו (כמובן, כשאביו נפטר קודם שאל"כ אביו יירש את אחיו), לאחר שחולק העיזבון בטרם לידתו, לא יזכה בחלקו גם לאחר הלידה. ואכן לא מצאנו מפורשות התייחסות **בקדמונים**³⁸ לעובר ביחס לשאר מורשים. אבל זאת מצאתי בירושלמי להדיא שלדעת ר' אלעזר מה שעובר יורש למאן דאית ליה הכי, אין זה אלא בבן כלפי אביו ולא כלפי שאר מורשים, והשווה דין מזכה לעובר שקנה רק בבנו לירושה הבאה מאליה, עיי"ש (ירושלמי פ"ד מיבמות ה"א, לפירוש קרבן העדה שם, חידושי החת"ס בבא בתרא קמא ע"ב, ובפתח הבית סי' לה דף פו).

37. ולענ"ד, מפנימיות התורה יש כאן, בהבחנה בין עמידת הבן לבין עמידת הבת במקום אביהם, ועוד חזון למועד, ואכמ"ל.

38. ועל אף שבשיעורי ראשי הישיבות יש איזכורים שמהם משתמע שאין חילוק בכך, אבל לא נכתבו דבריהם להלכה, ואין מהם הכרע. ואף שכמובן, לא מצאתי אין זו ראייה כלל, אבל מאחר ולא הוצרכנו בזה לדינא, לא העמקתי חקר בזה, ואדרבה יבואו המעינים ויאירו את עניינו.

ואמנם אין הכרח לומר שסייג זה נכון גם לכשיוולד, אבל לפי המבואר ייתכן שהטעם והדין אחד הוא, שכל מה שעובר יורש למאן דס"ל הכי זה רק מחמת מה שכשיוולד יירש לכו"ע, וצל"ע. מכל מקום, בפסק דין זה לא הוצרכנו לדון בשאר עוברים, ועוד חזון למועד.

סיכום

סוף דבר העולה מכל האמור, לענ"ד הוא כלהלן:

- א. נחלקו הראשונים והפוסקים, האם עובר יורש בהיותו עובר, והשלכות רבות למחלוקת זו, כמבואר בנימוקים.
- ב. לכל הדעות עובר מוקפא אינו יורש במצבו שכזה.
- ג. לשיטות שעובר אינו יורש, נחלקו הפוסקים האם ירושתו לכשיוולד, היא למפרע משעת מיתת המוריש או מהלידה ואילך. הדעת נוטה לומר, שהעיקר להלכה כשיטות שאומרות שירושתו היא מהלידה ואילך. לפיכך, זכאותו היחסית בעיזבון היא רק ביתרת העיזבון ולא במה שנעשה בו בעבר.
- ד. לדעות שהירושה היא מכאן ולהבא, האם צריך לשמר את חלקו העתידי של העובר ולמנות אפוטרופוס על חלקו זה, יש לומר שנחלקו בכך הפוסקים.
- ה. לדעתנו, לכל הדעות בעובר מוקפא אין צורך לשמר את חלקו מעתה, וממילא אין למנות לצורך כך אפוטרופוס.
- ו. צריך ליידע את היורשים הנוכחים על האפשרות שבבוא העת יצטרכו להפריש לוולד שיוולד את חלקו היחסי מהנותר בעיזבון המקורי.
- ז. יש מקום לומר, שמרגע שיוחזר העובר לרחמה של האם וייקלט לכדי הריון יציב, יש להפריש את חלקו של העובר בעיזבון ולמנות על כך אפוטרופוס על מנת להבטיח את חלקו לכשיוולד.
- ח. בהתאם לאמור, עם ההריון שייקלט, או לידת הולד, יצטרכו היורשים לפנות לבית הדין על מנת לבחון הוצאת צו ירושה מעודכן, בהתאם לנסיבות החדשות.

וצור ישראל יאיר עיננו בתורתו, ויצילנו משגיאות, אמן כן יהי רצון.

הרב ציון לוז-אילוז – אב"ד

2. פס"ד של הרב אבידן משה שפנייר

הגיעה לבית דינו אלמנה צעירה ומבקשת להוציא צו ירושה. לאלמנה בן בגיל שנה וכת בגיל שלוש שנים. הבן והבת נולדו מהפריה מלאכותית מזרעו של בעלה המנוח עוד בחייו ויש עוד שני עוברים מוקפאים אשר לגביהם האם עומדת בקשר עם מכון פוע"ה. האם שואלת לגבי העוברים המוקפאים האם צריך להשאיר להם חלק מהירושה או שמאחר וכעת, כשרוצים לחלק את הירושה, הם מוקפאים, אין צורך להשאיר להם חלק.

השאלה היא, מה מעמדו ההלכתי של עובר לגבי דיני ירושה?

א. ירושת עובר

במשנה ביבמות (דף סז ע"א) שנינו:

"בת ישראל שניסת לכהן ומת והניחה מעוברת, לא יאכלו עבדיה בתרומה מפני חלקו של עובר, שהעובר פוסל ואינו מאכיל, דברי רבי יוסי. אמרו לו, מאחר שהעדת לנו על בת ישראל לכהן, אף בת כהן לכהן ומת והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה מפני חלקו של עובר."

כלומר, לפי רבי יוסי, למרות שלעובר שבמעי הישראלית, אשת הכהן, יש חלק בעבדי אביו בתור יורש, בכל זאת לא יאכלו העבדים בתרומה. הטעם הוא, או משום שרבי יוסי סובר שעובר במעי זרה (אמו הישראלית) נחשב זר לענין האכלת העבדים בתרומה, או משום שרק ילוד מאכיל בתרומה אך מי שאינו ילוד אינו מאכיל, כמו שכתוב: "ויליד ביתו הם יאכלו בלחמו" וקרינן ביה הם יאכלו בלחמו. כלומר, לפי רבי יוסי, העובר יורש את אביו.

על כך השיבו לו חכמים, שלדבריו שהעובר יורש רק אינו מאכיל, מדוע בבת כהן שנישאה לכהן, העבדים אוכלים התרומה מכח חלקו של העובר, הרי עבדיו הם ואין בו כח להאכילם. אלא, לפי חכמים הטעם שאינו מאכיל הוא מאחר שהעובר אינו יורש את עבדי אביו.

נפקא מינה נוספת לדין זה, האם עובר יורש, מופיעה בבבא בתרא (דף קמב ע"ב) לגבי גר שמת והניח את אשתו מעוברת והחזיקו אחרים בנכסיו ואח"כ הפילה אשתו, אם עובר יורש הרי חזקתם לא הועילה, כי בשעה שהחזיקו הנכסים היו שייכים לעובר.

כתב הרי"ף ביבמות (דף כב ע"ב מדפי הרי"ף), שאין הלכה כרבי יוסי אלא כרבנן, שאין לעובר קנין וחלק בירושה עד שיוולד, ואינו פוסל את העבדים לאכול בתרומה.

הראב"ד (פ"ח מהלכות תרומות ה"ד) כתב, שמאחר ונפסק כרבי יוחנן שהמזכה לבנו אפילו במעי אמו- קנה, הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו, כמבואר בבבא בתרא שם, ושם (דף קמא ע"ב) מבואר שירושה הבאה

ממילא עדיפא מהמזכה לעובר, ואם במזכה לעובר קונה העובר, קל וחומר בירושה הבאה ממילא, ואם כן לא ניתן לדחות את דברי רבי יוסי מהטעם שעובר אין לו זכיה, מאחר וקיי"ל שלעובר יש זכיה.

הרמב"ן (יבמות שם) השיב על דברי הראב"ד, לקיים דברי רב אלפס ז"ל, שאין הלכה כרבי יוסי אפילו בירושה הבאה ממילא, משום שהוא דעת יחיד וחכמים חולקים עליו. ואפילו לשמואל הסובר כמותו, זה משום שהוא סובר שהמזכה לעובר קנה, אך שם בפרק מי שמת נפסק כרבא שהמזכה לעובר לא קנה, ובסוגיה שם מוכח שאין הבדל בין ירושה למתנה. הוסיף הרמב"ן וכתב על דברי הראב"ד, וכן הביא הנימוקי יוסף (שם) בשם הריטב"א, שדברי הגמרא בבבא בתרא שדעתו של אדם קרובה אצל בנו, נאמרו רק לגבי שכיב מרע, שתיקנו חכמים כדי שלא תיטרף דעתו, אבל בבריא גם אם זיכה לעובר, לא קנה.

הרא"ש (יבמות פ"ז ס"ד ד) הוכיח מהסוגיות, שעובר יש לו זכיה כאשר אין לו אחים, ופוסל את עבדי אביו לאכול בתרומה. אך כאשר יש לו אחים הוא אינו פוסל, כדברי רבי שמעון בר יוחאי שאמר שאם כולם זכרים, יאכלו העבדים, מאחר וכל היולדות, יולדות מחצה זכרים ומחצה נקבות ומיעוט מפילות וסמוך מיעוט המפילות למחצה נקבות, ואם כן מיעוט יולדות זכרים. ולכן, אף שאשת הכהן מעוברת, אין העובר שבמעייה פוסל את העבדים לאכול כאשר יש לו אחים נוספים.

הרא"ש מוסיף, שדברי הרמב"ן, ש"דעתו של אדם קרובה אצל בנו", נאמר דווקא בשכיב מרע, כי חכמים תיקנו שיקנה כדי שלא תיטרף דעתו, לא יתכן לומר כך, מאחר ואם ההלכה שהמזכה לעובר לא קנה, אם כן גם שכיב מרע אינו יכול להקנות. שלא אמרו חכמים שדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו ואינם צריכים קנין, אלא במקום שבבריא מועיל לעשות קנין, אז ייפו חכמים את כוחו של השכ"מ. אבל במקום שגם בריא אינו יכול להקנות, כמו מזכה לעובר, שגם בריא אינו יכול להקנות לו, גם שכיב מרע שהקנה לעובר שבמעי אמו לא יקנה העובר, ואין לומר במקרה כזה שדעתו של אדם קרובה אצל בנו. הכסף משנה (הלכות תרומות פ"ח ה"ד) כתב, שדעת הרמב"ם בזה כדעת הרא"ש. ראה בחידושי הגר"ח הלוי על הרמב"ם (שם).

גם הרשב"א בתשובותיו (ח"ב ס"ו שעא, הובא בב"י חו"מ ס"ו רפט ובמשו"ב נתיבות ס"ו ק') סובר שיש לשמור חלק לעובר לכשווילד. הרשב"א נשאל:

"מי שמת והניח בנים גדולים והניח אשתו מעוברת ובאו הגדולים לחלוק ביניהם כל הנכסים והאלמנה מעכבת על ידם שמא זכר הוא ונוטל חלק בנכסים. והשיב: הדין עם האלמנה ואם באו הגדולים ליטול חלקם מעמידים אפטרופוס לעובר ליטול חלק עד שנדע אם זכר אם נקבה."

מאידך, הרמ"ה (בבא בתרא שם) סובר שעובר לא יורש, כי רק כשהאב מזכה לעובר, זוכה העובר, כי דעתו של אב קרובה אצל בנו, אך לא בירושה המגיעה ממילא. כך גם דעת רבי אברהם מן החר בסוגיה ביבמות.³⁹
ראה עוד בש"ך (חור"מ סי' רי ס"ק ג) איך שיישב את דעת הרי"ף מהשגות הראשונים.

ב. ירושת עובר למפרע

עוד נחלקו הראשונים, למאן דאמר שעובר יורש, האם הוא יורש למפרע משעת מיתת אביו. התוספות (יבמות שם ד"ה אוכלין), כתבו שמסתמא מעשה ידי העבדים עד שיוולד שייכים לעובר, משמע שירוש למפרע. אך הרמ"ה (בבא בתרא שם) כתב להדיא שהעובר זוכה מכאן ולהבא ולא למפרע.
בספר קצות החושן (סי' קי ס"ק א) כתב, שמעשה בא לידיו להיזדקק לבעל חוב בנכסי עובר. וכתב, שלפי דעת הרי"ף ביבמות והש"ך (סי' רי ס"ק א) לגבי מחלוקת רבי יוסי וחכמים, שפסקו כחכמים שעובר אינו יורש, אם כן אין לעובר חלק בירושה לגבות את החוב משאר היורשים. אך לפי הפוסקים החולקים על הרי"ף וסוברים שעובר יורש, אם כן הוי נכסי קטן ואין נזקקים לנכסי קטן. המעשה שבא לפני הקצה"ח היה בעובר שאין לו אחים והקצה"ח לא רצה לסמוך על דעת הרי"ף וסיעתו ולאפשר למלוה לגבות מהירושה עד שהוא ויתר קצת על חובו. אבל אם יש לעובר אחים גדולים, אין חוששים שמא העובר יורש ובעל החוב יכול לגבות את חובו מהירושה.
בספר נתיבות המשפט (שם ס"ק א) כתב שדברי הקצות, שלמ"ד אין זכיה לעובר בירושה, הירושה כולה שייכת רק לאחיו הגדולים ולא לעובר, אינם נכונים, מאחר וכאשר יוולד תיפול הירושה גם לפניו. ולכן כתב הנתה"מ:
"ועל כרחך צריך לומר דחלק של העובר אין אחין היורשים זוכין בו, דהא אם נשבח של העובר הוא... ועל כרחך צ"ל דחלק העובר מיתלי תלי וקאי עד שיוולד העובר".

ובמשובב נתיבות, השיב הקצה"ח על דברי הנתה"מ, שגם בדין שאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים, החלק שהוא מיתלי תלי וקאי אינו גורע את כח הבעל חוב מלגבות חובו, כיון שעדיין העובר אינו יורש.

ג. ולד שנוצר לאחר מיתת האב

מצאנו בשלושה מגדולי האחרונים שגם עובר שנוצר לאחר מיתת האב יש לו שם יורש, ויש לו חלק בירושה³⁹.

39. ראה קובץ אסותא (עמ' של) במאמרו של ד"ר מרדכי הלפרין, ובקובץ אסיא (חוברת צו-זח) אייר תשע"ה, עמ' 60 ואילך במאמרו של הגרמ"מ פרבשטיין שליט"א.

הקרן אורה (יבמות דף פז ע"א) הביא את דברי הנוב"י באה"ע קמא (סי' סט) שאם לא נקלט הזרע עד לאחר מיתת האב, אשת המת חייבת בייבום. תמה עליו הקרן אורה, היכן מצינו יבום שלא במקום נחלה, הרי זה הבן יורשו ואחיו מייבם.

גם בתשובת בנין ציון החדשות (סי' צז) כתב, דלמ"ד עובר יורש, גם אם לא היה לעובר דין ולד כלל, כגון שמת האב תוך מ' יום להריונה, דמיא בעלמא הוא (יבמות דף סט ע"א) או אפילו תוך ג' ימים לקליטת הזרע שאין עליו שם עובר, מכל מקום הוא נחשב ליורש כי לענין ירושה דרשין "ובן אין לו" – עיין עליו אם יהיה לו בן לבסוף.

וכעין זה כתב גם בשו"ת חלקת יואב (ח"מ סי' יא).

מרן הגרש"ז אויערבך זצ"ל בשו"ת מנחת שלמה (ח"ב סי' קכד, הובא גם בקובץ נועם חלק א עמוד קנה) כתב, שדין ירושה לא תלוי דווקא בשעת מיתה ויכול לחול על הוולד שם יורש גם זמן רב לאחר מיתת המוריש, כמו שמצינו למאן דאמר שאין זכיה לעובר אפילו בירושה דממילא ולמרות זאת חל עליו שם יורש גם לאחר מיתת האב.

ד. דעת השו"ע בירושת עובר

לכאורה יש לנקוט להלכה שעובר אינו יורש, הן מצד הדין שמזכה לעובר לא קנה כפי מסקנת הגמרא בב"ב וכן פסק השו"ע (ח"מ סי' רי ס"א), והן מצד דקיי"ל שהלכה כרבא בסוגיה ביבמות הסובר שירושה הבאה מאליה לא קונה העובר ודלא כאביי.

בביאור הגר"א (ח"מ סי' רי סק"י) הביא את מחלוקת הראשונים אם עובר זוכה בירושה, ותלה מחלוקת זו בשתי הדעות שהובאו בשו"ע. שלדעה א', דעת הרמב"ם, אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם ולכן המזכה לעובר של אחר לא קנה, אך אם היה בנו קנה אם אשתו היתה מעוברת בשעת המתנה.

דעה זו הביא השו"ע בסתם. והוסיף, שיש אומרים (בעל העיטור) שהמזכה לעובר שלו קנה, זה דוקא בשכיב מרע, אבל בבריא לא קנה.

מבאר הגר"א, שהדעה השניה היא כדעת רבא, ומאחר ורבא סובר שירושה הבאה מאליה לא קנה, לכן עובר לא זוכה אלא רק בשכ"מ, ולא קיי"ל כרבי יוסי בפ"ז דיבמות, דחכמים פליגי עליה.

ואע"ג דשמואל סובר כרבי יוסי, שמואל לטעמיה שפסק המזכה לעובר קנה, ולא קיי"ל כשמואל, אלא דווקא בשכ"מ תיקנו שלא תיטרף דעתו, כך כתב הרמב"ן. ודעה ראשונה שבשו"ע סוברת שירושה הבאה מאליה קנה, כי רבא לא חולק על אביי, והלכה כרבי יוסי שיש לעובר זכיה.

לפי ביאורו של הגר"א, ולפי הכלל הידוע שכאשר השו"ע מביא שתי דעות האחת בסתם והשניה בשם יש אומרים, ההלכה היא כדעה שהובאה בסתם, נמצא שהלכה כרבי יוסי שעובר זוכה בירושה. אמנם הש"ך שהובא לעיל חולק על הבנה זו וסובר שלשתי הדעות שבשו"ע עובר לא זוכה, וראה בנתיבות המשפט (שם ס"ק ד).

בספר מרחשת (ח"ב ס"ו לח אות ב) הקשה, וז"ל:

"ובאמת קשה לי לשיטת הפוסקים הנ"ל דבכל ענין אמרו ירושה אין לה הפסק, א"כ איך בן הנולד לאחר מיתת אביו נוטל חלק בירושתו למ"ד שאין לעובר זכיה אף בירושה הבאה מאליה, הא כיון שמת האב נפלו הנכסים לפני שאר היורשים בתורת ירושה ואיך הוא נוטל אח"כ כשנולד את חלקו כיון שאלו כבר נכנסו בחלקו בתורת ירושה וירושה אין לה הפסק...

וסבור הייתי לומר, אף דעובר אינו זוכה בירושה מ"מ זה אינו אלא כל זמן שהוא עובר אבל כשנולד שוב זוכה הוא למפרע משעת מיתת האב... ושפיר אמרו ביבמות דעובר אין לו זכיה דאוכלין בשביל המשפחה כולה, דאף דזוכה אחר שיצא לאויר העולם למפרע, מ"מ שפיר קאכלי ממה נפשך או משום המשפחה או משום ידיה דכיון שנולד זכה למפרע לא שייך עוד לומר במעי אמו זר הוא או שאינו ילוד מאכיל כיון שכבר נולד".

ראה שם שכתב שגם הערוך לנר (נדה דף פז ע"א) כתב שאף למ"ד עובר אינו יורש והמזכה לעובר לא קנה, מ"מ משנולד יורש למפרע חלק הפשוט וממעט חלק הפשוט של אחיו, אבל חלק הבכורה אינו ממעט.

לדברי המרחשת והערוך לנר, שאפילו למ"ד עובר אינו יורש מ"מ כשנולד יורש למפרע, יוצא שיש לחלק את הירושה לאחים הקיימים כאילו העובר נולד ויש להשאיר לו חלק לכשיוולד.

אך נראה שכל הנדון הנ"ל הוא בעובר הקיים במעי אמו, שיש מחלוקת בהלכה אם יש לו שם יורש וזוכה גם בנכסים כמו אחיו שכבר נולדו או לא. אבל עוברים מופרים שהוקפאו הם במצב מציאותי והלכתי הרבה פחות מעובר, ואם כן אין לנו מקור לכך שיהיה צורך לשמור עבורו חלק בירושה במידה ויחליטו על המשך תהליך ההפריה.

ואפילו לדברי הבנין ציון החדשות שגם במיא בעלמא תהיה זכות ירושה, נראה שכל זה כאשר המיא בעלמא יתקמו במשך הזמן לוולד. אך כאשר תהליך ההפריה מופסק ולא ניתן כלל לדעת אם ימשך בכלל ומתי, וגם לא בטוח כי התהליך יצליח, נראה שלכו"ע אין לשמור חלק בירושה לעוברים במצב זה.

לסיכום:

א. דעת רבינו יונה בב"ב, הראב"ד, הרא"ש, ובעל ההשלמה, וכן נוטה דעת הריב"ם (בתוס' כ"ב דף קמב ע"ב ד"ה והלכתא), שהלכה כרבי יוסי שעובר יורש וכדברי רבא ביבמות.

ב. דעת הרי"ף, הרמב"ן, הרשב"א, היר"מ, והמאירי שהלכה כחכמים ואין העובר יורש.

ג. להלכה נחלקו הפוסקים כדעת מי לפסוק.

ד. בעוברים מוקפאים נראה שלכולי עלמא אינו יורש ואין צורך לשמור לו חלק בירושה לכשיולד מהטעמים המבוארים לעיל.

ה. יחד עם זאת, במידה והעוברים ייוולדו יוכלו להגיש תביעה למימוש חלקם בירושה.

הרב אבידן משה שפנייר

3. הסכמת הרב מאיר כהנא

קראתי את דברי ידידי הרה"ג שליט"א. הנני מצטרף למסקנה המעשית, כי לעת עתה אין בקיומם של העוברים המוקפאים כדי להשפיע על צו הירושה. רק אם תתעורר בעתיד שאלה מעשית עקב קבלת ההודעה על ביצוע ההחזרה, ידון ביה"ד בהשלכותיה על צו הירושה.

הרב מאיר כהנא

חתימה

ניתן לפרסם לאחר השמטת פרטי המנוח והמבקשת.
ניתן ביום כ"ב באדר א' התשע"ו (02/03/2016).

הרב ציון לוז-אילוז – אב"ד הרב מאיר כהנא הרב אבידן משה שפנייר