

הרב משה מרדכי פרכשטיין

ירושת עובר וירושת הנולד מהפרייה מלאכותית לאחר מיתה

ראשי פרקים:

- א. מחלוקת ראשונים אם עובר יורש במעי אמו
- ב. ראיית הראב"ד והשיטות השונות לדחיית ראייתו
- ג. גדר ירושת עובר לכשיוולד: למפרע או מכאן ולהבא?
- ד. חלות מאוחרת של דין יורש
- ה. זכות בנכסים של עובר הנוצר לאחר מות אביו
- ו. כח ההורשה של האב – גדר חדש בירושת עובר לכשיוולד
- ז. העולה לדינא

בעקבות האפשרות שנוצרה לשמר זרע ולהפרות אשה מזרע של אדם לאחר מותו¹, יש לדון דינו של בן זה לענין ירושה, האם יורש את אביו. שאלה זו קשורה בנדון ירושת עובר, ובגדרי ירושה בכלל.

א. מחלוקת ראשונים אם עובר יורש במעי אמו

ביבמות (ס"ז ע"א) נחלקו רבנן ור' יוסי אם עובר יורש (כ"ה לדעת רוב הראשונים). ובגמ' איתא שתי נפ"מ בזה. האחת ביבמות שם לענין להאכיל עבדים בתרומה, דאם עובר יורש לעיתים פוסל את עבדי אביו. ואם אינו יורש אוכלים בשביל שאר המשפחה. והנפ"מ השניה מבוארת בב"ב (קמ"ב ע"א) בגר שמת והניח אשתו מעוברת והחזיקו אחרים בנכסיו, ואח"כ הפילה אשתו, אם עובר יורש הרי חזקתם לא הועילה, דבשעה שהחזיקו היו הנכסים שייכים לעובר.

להלכה נחלקו הראשונים. הרי"ף (יבמות שם) וסיעתו סוברים שאין העובר יורש, וכן הכריע הש"ך סי' ר"י להלכה. ואילו הראב"ד (הובא ברמב"ן וברא"ש, יבמות שם, וכן בהשגות תרומות פ"ח) וסיעתו סוברים שהעובר יורש².

ב. ראיית הראב"ד והשיטות השונות לדחיית ראייתו

הראב"ד הביא ראיה שלהלכה עובר יורש, מההלכה שעל אף שהמזכה לעובר לא קנה בכ"ז המזכה לעובר שהוא בנו קנה כיון דדעתו של אדם

1. על הזרעה לאחר המוות, ראה **אסיא** עז-עח (תשס"ו) עמ' 113-123, ובמקורות המצוינים שם; וכן בספר **רפואה מציאות והלכה** (מכון שלזינגר, ירושלים תשע"ב), סימנים כה-כז. -- העורך.
2. לפירוט שיטות הראשונים ראה **אנציקלופדיה תלמודית** כה, ערך ירושה, ד – הראויים לירושה, עמ' קעז-קעז ובמקורות המצוינים שם. -- העורך.

קרובה לבנו. ומוכח שעובר יכול להיות בעלים על נכסים, וכ"ש ירושה הבאה מאליה, כמבואר בב"ב שם שאם עובר זוכה בנכסים כ"ש שירוש.

בדחיית ראיית הראב"ד מצינו כמה שיטות.

שיטת הרמב"ן (יבמות שם) דהמזכה לעובר שהוא בנו קנה רק כשנתן במתנת שכיב מרע, והבן זוכה רק לכשיוולד מתקנה דרבנן, וז"ל: "והראב"ד ז"ל אמר כיון דקיי"ל המזכה לעובר שלו קנה ... כ"ש בירושה הבאה מאליה, וזו אינה תשובה, שאין אותו הדין אלא תקנה ודוקא בשכיב מרע, ולא שזוכה מעכשיו, אלא לכשנולד זוכה כעין ירושה, כדי שלא תיטרף דעתו ואין דינו כן בבריא, הלכך אין ממנו ראייה לדין תורה בירושה".

באחרונים (הגר"ח תרומות שם בדעת הרמב"ם, ועוד) כתבו שהעובר זוכה רק לכשיוולד, ואף דהוה הקנאה לדבר שלא בא לעולם, מסברת "דעתו של אדם קרובה אצל בנו" מועילה הקנאתו לבנו אע"פ שבנו לא בא לעולם בשעת ההקנאה. אבל בעודו עובר אין לו זכייה כלל, ובזה חולק הראב"ד וס"ל דהטעם דדעתו של אדם קרובה אצל בנו הוא דמשום הכי הוי בר זכיה במתנה זו גם בעודו עובר, ולכן השיג דא"כ כל שכן דיש לו זכיה בירושה הבאה מאליה.

והנפ"מ בין שני הביאורים, שלדברי הגר"ח בדעת הרמב"ם אם ימות המזכה קודם שיוולד לא יזכה העובר, שהרי כן הוא אף לר"מ דאדם מקנה דשלב"ע דמהני דוקא אם המקנה בעולם בשעה שצריכה לחול ההקנאה, ואילו לרמב"ן, הרי לדעתו במתנת שכ"מ יכול לזכות אחר מיתת הנותן אפי' אם זמן הזכיה לא היה סמוך למיתתו (עי' ברמב"ן ב"ב קכ"ט ע"ב והביאו הנמו"י נ"ח ע"א בעמ' הרי"ף).

הרמ"ה, שהוא מכת הסוברים שאין העובר יורש כתב בב"ב שם, שאין להוכיח מזיכוי לירושה, דרך בזיכוי זוכה מכת האב כיון שדעתו קרובה אצל בנו. אבל בירושה שמדאורייתא אינו יורש ל"מ סברת דעתו של אדם קרובה. וכן בר"א מן ההר ביבמות שם כתב, שרק אם אפשר לזכות לכל עובר אמרינן כ"ש שזוכה בירושה הבאה מאליה, אבל אם מזכה רק לבנו אין להוכיח מזה לירושה הבאה מאליה, וז"ל: "ואע"ג דבירושה הבאה מאליה אית ליה טפי זכיה ממתנה, הני מילי מיקמי דלא אמרינן דעתו של אדם קרובה אצל בנו, דס"ד דליכא חלוק בין אב ואיניש דעלמא, אבל מכי אסיקנא טעמא דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, ודאי אע"ג דעובר לית ליה זכיה בירושה הבאה מאליה אית ליה זכיה במה שמזכה לו אביו".

ועדיין צריך ביאור הסבר דברי הרמ"ה ור"א מן ההר, שהרי הוכחת הראב"ד היא שאם עובר יכול לקבל ממון באופן כל שהוא, שוב ק"ו שירש בירושה הבאה מאליה. ומאי נפ"מ אם כל עובר זוכה או רק בנו זוכה.

ובתשובת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה סי' קל"ג) כתב להקשות על מה ששינינו דדוקא בן יום אחד נוחל ומנחיל אבל עובר אינו נוחל ומנחיל, שהרי מצינו שעובר מנחיל באופן שאביו זיכה לו. ותי' דאה"נ רק דלא מצינו נוחל ומנחיל ממה שנחל, או משום דעובר אינו נוחל, או משום דהוא מית ברישא ואין העובר נוחל בנכסי אמו להנחיל לאחיו מן האב כמבואר כ"ז בב"ב שם. ומוכח בדבריו שכאשר האב מזכה לבנו זוכה מיד ולא לכשיוולד, ואעפ"כ אינו יורש. ובהכרח דסובר כסברת הרמ"ה ור"א מן ההר, שהרי כתב שבאופן שזיכה לו אביו מצינו עובר מנחיל.

נמצא דנחלקו הראשונים בטעם הסוברים שאין העובר יורש, דהראב"ד סבר שהטעם הוא משום שלדעה זו אין העובר בר זכית ממון כלל, ולכן תלה הראב"ד את השאלה אם עובר יורש בשאלה אם יש זיכוי לעובר. ולסברתו הסכים הרמב"ן אלא שסובר שלכו"ע להלכה אין זכיה לעובר, וכן נקט הגר"ח בדעת הרמב"ם. אבל הרמ"ה ור"א מן ההר סוברים שהטעם שהעובר אינו יורש הוא ממייעוט בפרשת ירושה, ואף אם יש אופן של זיכוי אין להוכיח מכך על ירושה. וכן מוכח ממחר"ם מרוטנבורג.

ג. גדר ירושת עובר לכשיוולד : למפרע או מכאן ולהבא ?

גם התנאים הסוברים שעובר אינו יורש, אעפ"כ לכשיוולד אין חולק שיורש. וברמ"ה כתב מקור לכך מהתורה, דכיון דדרשינן שבן שנולד אחר מיתת אביו אינו ממעט בחלק בכורה (עי' ב"ב קמ"ב ע"ב) בהכרח שיורש וממעט בחלק יורשים. אולם מצינו דיון בראשונים ואחרונים, בעובר שנולד מאימתי חלה ירושתו.

תוס' ביבמות שם כתב, דמסתמא מעשה ידי העבדים עד שיוולד הוא של העובר. ולכאורה בהכרח הטעם שכשנולד זוכה למפרע בירושה. והניח התוס' בצ"ע מ"ט לגבי אכילת תרומה של העבדים זכיותו בהם למפרע לא תפסול אותם מלאכול בתרומה.

אבל הרמ"ה סובר שזוכה רק מכאן ולהבא, ולא למפרע, והוכיח כן דאל"כ יפסול בתרומה, וז"ל : "דקיימא לן דעובר לית ליה זכיה בירושה עד שיוולד. ואפילו בעובר דאתי בתר הכי לכלל לידה, כי קא זכי משעת לידה הוא דקא זכי, למפרע לא זכי. דאם כן מיפסל נמי לפסול בתרומה, אלא משום דלא זכי אלא משעת לידה".

לכאורה מוכח כן גם משו"ת הרשב"א (חלק ב סימן שע"א) שכתב "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. תשובה: הדין עם האלמנה, שאף על פי שאמרו: שאין חוששין למיעוט היינו דוקא שלא לפסול את העבדים מלאכול בתרומה. אבל שיטלו

האחים את הנכסים כולם, לא. שאם כן, לקחה מדת הדין בכך, שאם תלד זכר, נמצא מפסיד כל חלקו, דלמא שמטי האחים, ואכלי כל חלקו של זה". הרי שכתב הטעם שלא נותנים הירושה לאחי העובר שמא יפסידו את הנכסים, ולא כתב דלצד שיוולד אח"כ בן הרי הוא יורש למפרע, ונטילתם את הירושה היא גזילה.

וכן כתב הב"ח (סי' ר"י) "ואיכא למידק דמאי נפקא מינה אם יש לו זכיה בירושתו, הא ודאי לדברי הכל כשנולד יש לו חלק בירושה... ונראה לי דנפקא מינה בפירות שגדלו בקרקע מקמי שנולד, דאם אין לעובר זכיה אין לו בפירות כלום". ולפלא שלא העיר מדברי התוס' ביבמות שכתב דמסתמא מעש"י שלו.

מצינו עוד דנחלקו בזה הקצוה"ח והנתיח"מ (בסי' ק"י סק"א) בבעל חוב שבא לגבות מיתומים גדולים ואמם מעוברת. דעת קצוה"ח דתלי במחלוקת הראשונים אם עובר יורש. דלסוברים שאינו יורש יכול הבע"ח לגבות קודם שנולד דאינו נידון כגובה מן העובר, דכיון דעובר לאו בר ירושה הוא, אין זה נכסי קטן, אלא נכסי גדול דאחיו או שאר מורשיו הגדולים. (ופשוט שלכשיוולד לא יוציאו ממנו שהרי גבה חובו כדין). אבל לדעת הסוברים שהעובר יורש, אין הבע"ח יכול לגבות מחלקו של עובר כשם שא"י לגבות מנכסי יתומים קטנים.

ובנתיח"מ חלק וכתב "ולא דק, דמ"מ כשיוולד אח"כ תיפול הירושה גם לפניו. ... ועל כרחק צ"ל דחלק של העובר אין אחין היורשין זוכין בו, דהא אם נשבח של העובר הוא, וכן בגר שמת אין שום אדם יכול לזכות בו, ועל כרחק צ"ל דחלק העובר מיתלי תלי וקאי עד שיוולד העובר, רק דמ"מ אינו פוסל מתרומה, דשם מיירי שיש לו אחים כהנים ואוכל בשבילן, דהחלק שהוא מיתלי תלי אינו מקלקל היתר אכילה". ודבריו טעונים הסבר מה גדר "מתלי תלי וקאי", ולא משמע מלשונו דכוונתו דיוורש למפרע. ועוד שכתב דזה שמתלי תלי אינו מקלקל את התר האכילה מכח האחים, ובהכרח שאין כוונתו דיוורש לגמרי למפרע. ובמשוכב תמה עוד דגם לגבי הבע"ח נאמר שהחלק דמתלי תלי לא מגרע את כוחו של הבע"ח לגבות כיון דעדיין העובר לא ירש.

ד. חלות מאוחרת של דין יורש

לסוברים שעובר אינו יורש, נתחדש שיכול לחול שם יורש לא רק בשעת מיתת המוריש אלא גם אח"כ יכול להיעשות יורש. וכן כתב הרמ"ה, לשיטתו שאינו יורש למפרע, להסביר הא דיכול לחול שם יורש אף לאחר מיתת המוריש, ומשני טעמים, הראשון דלמדנו כן מהכתוב לגבי בכורה, שגם בן שנולד אחר מיתת האב יורש, וכמשכ"ת לעיל, "ועוד דגבי חלק

פשוט איש כי ימות וכן אין לו אמר רחמנא מכל מקום בן קודם, אלמא גבי ירושה גרידתא לאו בדאיתיה בשעת מיתת תלא רחמנא, אלא כל היכא דאיתיה ליורש לאחר מיתת מורישו ירית ליה למורישו. ואפשר שכוונתו לדמות להלכות יבום דילפינן שכן שנולד אחר מיתת האב פוטר מהדרשה "ובן אין לו, עיין עליו" (יבמות לה ע"ב).

ויש לתמוה, דבמהרי"ט (ח"ב חו"מ סי' מ"א) כתב דלשיטת הגאונים שמומר אינו יורש את אביו מן התורה, גם אם חזר אח"כ המומר בתשובה אינו יורש, וז"ל "לטעמן של גאונים שאמרו דמומר לא ירית מן התורה, דכיון דממון שלו וגופו מופקע היאך יזכה במה שעדיין לא זכה, אלא יורשים אחרים ירתי מנתא דיליה, נ"מ דלדברי אלו הגאונים אפי' אי הדר בתשובה אח"כ לא זכה, כיון דבשעת נפילה לאו בר זכיה הוא, אבל לדברי האחרונים דבר זכיה הוא אלא שראו לקונסו אם בין כך ובין כך חזר בתשובה זכה". ומפורש בדבריו שלא יכול לחול שם יורש כל שלא חל בשעת מיתת המוריש. וקשה מדעת הסוברים שעובר אינו יורש, ואף על פי כן חל עליו שם יורש לכשנולד. ושמא סובר המהרי"ט שעובר יורש למפרע, וסובר דאפשר לחלק בין עובר שנולד לבין מומר שחזר בתשובה, שהעובר לא היתה לו סיבה חיובית שלא לרשת, אלא שלא חלה עדיין זכות ירושתו עד שנולד, ולפיכך כשנולד יורש למפרע, אבל המומר שהיתה לו סיבה שלא לרשת, וכמש"כ המהרי"ט, לא שייך שיחול שם יורש למפרע על הזמן שהופקע ממנו שם יורש, וכיון שלא חל למפרע סובר המהרי"ט דאין שם יורש יכול לחול לאחר מיתת המוריש, ועדיין צ"ע.

בקרן אורה (יבמות פ"ז ע"א) הביא את שיטת הנוב"י (מהרו"ק, אבן העזר, סוף סימן סט) דאם לא נקלט הזרע עד לאחר מיתת האב חייבת האם ביבום, ותמה הקרן אורה "ואם כן מצינו דפוסל בתרומה ואינו פוטר מיבום. ובלאו הכי דינו תמוה, דהיכן מצינו יבום שלא במקום נחלה. וזה הבן יורשו ואחיו מייבם". ופשוט לו לקר"א דגם אם נקלט הזרע לאחר מיתת יורש את אביו, ולכאורה באופן זה אף אם עובר שנולד יורש למפרע ל"ש לומר שיוורש מהזמן שלא היה קיים כלל ועוד לא נקלט הזרע. ובהכרח שגם לשיטות אלו יכול לחול שם יורש אף שלא בשעת מיתת המוריש.

ויש לתמוה מניין יש לנו מקור לחידוש זה, דמהכתוב במעוט חלק בכורה אין ראיה, דהרי מיירי כשהיה כבר עובר במות אביו. ולכאורה גם דרשת "עיין עליו" לא שייכת כשם שלדעת הנוב"י אמו חייבת ביבום, ולא דרשינן בכה"ג "עיין עליו".

ובתשובת בנין ציון החדשות (סי' צ"ז) כתב דגם למ"ד עובר יורש, גם אם לא ה' עובר כלל, כגון שמת האב תוך מ' יום להריונה דמיא בעלמא הוא (יבמות ט"ב), או אפילו תוך ג' לקליטת הזרע דודאי עדיין אין עליו לא

שם עובר לא זכר ולא נקבה, מ"מ יורש, דלענין ירושה דרשינן "ובן אין לו עיין עליו", עיין אם לא יהי' לו לבסוף, כמו לענין חליצה, ולא העיר הבנין ציון משיטת הנוב"ד דלא דרשינן בכה"ג עיין עליו.

וכן בשו"ת מנחת שלמה (ח"ב סי' קכ"ד) כתב לענין בן שנולד מהפרייה מלאכותית, דפשוט לו דלכו"ע חייבת ביבום, כיון שבשעת מיתה מחוסר מעשה של הכנסת הזרע לגופה, "אבל לענין ירושה שפיר נקרא יורש, היינו מפני שדין ירושה לא תלוי דוקא בשעת מיתה, ויכול שפיר לחול עליו שם יורש גם זמן רב לאחר מיתת המוריש, כמו למ"ד שאין זכיה לעובר אפי' בירושה דממילא, ואפי"ה שפיר חייל עליו שם יורש גם לאחר מיתת האב".

אולם יש לדון בדברי האחרונים משני פנים, ראשית, כמו שתמהנו לעיל, דלסוברים שהעובר יורש למפרע, אין לכאורה מקור לחדוש שיכול לחול שם יורש גם לאחר מיתה, דהיינו שיוורש גם באופן שבזמן מיתת האב עדיין לא היה עובר, דל"ש בזה למפרע. ושנית, לראשונים הסוברים להלכה שעובר יורש, אין כלל מקור לחדוש זה, דלשיטתם אפשר שחל שם יורש רק בשעת מיתה, וכפשוט דברי המהרי"ט במומר, ומניין לחדש שגם אם לא נוצר כלל בשעת מיתה יכול לחול שם יורש אח"כ.

ה. זכות בנכסים של עובר הנוצר לאחר מות אביו

חדוש נוסף נתחדש לסוברים שאין העובר יורש למפרע, שהרי מיד בשעת מיתת המוריש זכו שאר היורשים בירושה, או בגר נעשתה כבר הירושה הפקר. ואף אם יכול לחול שם יורש גם שלא בשעת מיתה כבר אין לו רכוש לירש, שהרי הרכוש כעת אינו של המוריש, וכבר זכו בו שאר היורשים, או הזוכים מההפקר בגר. וכבר העירו ע"ז האחרונים ותמהו אם היורשים שחררו עבד קודם שנולד העובר האם יחזור וישתעבר לכשיוולד. ובאמת קושי זה קיים גם למ"ד שעובר יורש, באופנים שדנו בהם האחרונים הנ"ל, כשעדיין לא היה עובר בשעת מיתה, והרי כיון שבשעת מיתה אין סיבה המעכבת שאר היורשים מלירש, שוב כשנקלט הזרע ונוצר העובר אין לו מה לירש.

בח"י ר"ח הלוי (תרומות פ"ח) כתב לבאר את שיטת הרמב"ם. ותורף דבריו, בתוספת נופך, כדלהלן.

הדבר ברור דלכו"ע עובר נחשב אדם, דהרי מצינו דאפשר לשחרר עובר (גיטין כ"ג ע"ב) ולגייר עובר (יבמות ע"ח ע"א). עוד ביאר הגר"ח דדין יורש מתחלק לשני חלקים, **שם יורש**, ו**זכיות הירושה**. והעובר יש לו שם יורש לכו"ע ואינו מופקע אלא מזכיות הנכסים, וז"ל: "דאע"ג דגם בירושה עובר אין לו זכיה, מ"מ עיקר דין זה הוא בדין זכית ממון, דעובר לאו בר קנין וזכית ממון הוא. אבל בהלכות נחלות ודין ירושה ליכא שום דין דעובר

לא יהא בר ירושה, ועובר וילוד שוין הן בעיקר הדין של ירושה, אלא דמופקע הוא מדין זכית ממון, וע"כ אכתי אין לו בנכסי הירושה עד שיוולד, ודינו מתחלק, דשם יורש לא פקע מיניה, ולא בטל עיקר כח ירושתו שיש לו על הנכסים, וזכית ממון אין לו, **כי אם שיוורש את הנכסים שיהיו שלו לאחר שיוולד**".

ולפי"ז מחלק הגר"ח בין עובר שיש לו אחים, לבין עובר שיש לאביו רק יורשים אחרים, דכאשר אין אחים אלא רק שאר קרובים, כיון שעובר דין יורש עליו, נמצא ששאר הקרובים אינם יורשים כלל, דהרי כשיש קרוב יותר הרחוקים אינם יורשים. משא"כ כשיש עוד אחים לעובר, הרי מדין ירושה יש לכל בן זכות ירושה על כל הנכסים, ורק זכית הנכסים של כל אחד מעכבת על האחרים מליירש, אבל העובר שאין לו זכיה בנכסים הרי אינו יכול לעכב על שאר האחים, ואין סיבה שהם לא ירשו את כל הנכסים, ועי"ש שביאר לפי"ז את שיטת הרמב"ם.

ונראה להוסיף ולבאר דשם יורש שיש לכל יורש, וכן לעובר לדעת הגר"ח אינו תואר בעלמא, אלא "שם יורש" משמעו שיש לו זכות ירושה, אלא שבפועל אינו יכול לממש זכות זו כיון שאין לו יד לזכות בנכסים, כמש"כ הגר"ח. ולפי"ז נראה דכיון שיש לעובר זכות ירושה על הנכסים אף שאינו זוכה בהם בפועל, אבל מ"מ אי אפשר לעשות כל מעשה הפוגע בזכות ירושתו, ולפיכך אין האחים יכולים למכור או לכלות את חלקו, שהרי יש לו זכות בנכסים, והמכירה או הכילוי נוטלים ממנו את זכותו. וכמו כן לענין אכילת הפירות או מעש"י העבד עד שיוולד העובר, הרי גם בפירות ובמעש"י אלו יש לעובר זכות לזכות בהם לאחר שיוולד, ואין האחים יכולים לפגוע בזכותו זו.

דוגמא לדבר. הג"ר שמעון שקאפ במערכת הקנינים (ס"ה) כתב להסביר את דין אחרין לפלוני לשיטת הרמב"ן, דגדר "אחרין" הוא שהשני זוכה בשדה זכות שתהיה שלו לאחר זמן, ואי"ז כמו גוף מהיום ופירות לאח"כ, דכל היכא שקנה גוף מהיום עיקר הדבר שלו מעכשיו ורק קנין הפירות נשאר לחבירו, אבל באופן "אחרין" אינו כן, דעיקר השדה עדיין של המוכר, או של הראשון, ורק נתן לו זכות שיהיה שלו לזמן של אח"כ, והדבר מתחלק לזמנים היינו שלזמן של עשר שנים הוא של המוכר ועל זמן של אח"כ הוא של הלוקח. וכתב הגרש"ש (שם ס"ט) שאצל הראשון חשיב "לכם" ויוכל לצאת בו ידי אתרוג, דלא חשיב שהשני זכה קנין הגוף מעכשיו, רק זכה זכות שיהיה לו לאחר זמן ועכשיו אין לו עדיין הנכסים קנין הגוף. ומכל מקום הרי מבואר שאם מכר הראשון לא מהני רק עד שעת מיתתו, ופירש הגרש"ש דכיון שהשני כבר זכה בזכות זו שיהיה שלו בזמן ההוא, לא מהני מכירת הראשון, אף שהגוף שלו לגמרי בשעת המכירה.

אמנם אין הנושאים שווים, דב"אחרי"ך הגדר הוא שיש לשני כבר בעלות ממונית על הזמן שלאח"כ, אלא שבעלות כזו אינו נידונית כשותפות בממון כעת, אלא רק כזכות בממון. ואילו העובר, כשם שאין לו בעלות על הזמן של היום, כמו כן לא יכולה להיות לו בעלות על הזמן של אח"כ. אבל הא מיהת דמהלכות ירושה, ולא מהלכות בעלות על ממון, יש לו כבר כעת זכות לירושה כשילוד, ואף זכות זו לא ניתנת להפקעה וכמשנ"ת.

אולם לפי מהלך זה יתחדש להלכה, דהדברים אמורים כשכבר היה העובר קיים בשעת מיתת המוריש אבל עובר שנוצר אח"כ, הרי כל זמן שעדיין לא נוצר ל"ש לומר שיש לו זכות, וא"כ אין כל מניעה מהאחים לזכות בנכסים, או בגר מההפקר, ואח"כ לכשיוצר העובר שוב אין לו מה לירש.

ו. כח ההורשה של האב – גדר חדש בירושת עובר לכשילוד

דרך אחרת בענין זה ניתן לפרש, דהטעם שלמ"ד דאין העובר יורש בכל זאת לכשילוד זוכה בנכסים, אף שבינתיים זכו בהם אחרים, אינו משום שזכות העובר עיכבה אותם מלהפקיע זכותו, כמש"כ בדעת הגר"ח, אלא נובעת מכח ההורשה של האב.

והסבר הדברים נראה, דענין ירושה אינו שכאשר המוריש מת פקעה בעלותו על הנכסים והתחדשה בעלות חדשה של היורש, אלא דהמוריש "מוריש" את הנכסים לאחר מותו, והיורש יורש מכוח המוריש, דיש כח לאדם בנכסיו להורישם גם לאחר מותו. ועי' באמרי משה (סי' ל"ח אות כ"ג) שהביא את התוס' (גיטין י"ג ע"א ד"ה והא) שכתבו "עוד אומר ר"ת דבגר לא אמר' מצוה לקיים דברי המת, דכל דאיתיה בירושה מצוה לקיים דבריו, הואיל ולא פסק כחו מאותו הממון דמכחו יורשין, אבל גר דליתיה בירושה ופסק כחו מממנו, אין מצוה לקיים דבריו". וביאר האמרי משה דהיה צד לומר דדין ירושת הקרובים הוא לגביהם כהפקר, כלומר דכשמת פקע כחו לגמרי מהממון והיה צריך להיות נכסיו הפקר, וגזרה התורה שלא יהיה הפקר רק קרוביו וזכים. ועי' כתבו התוס' דאינו כן, דלא פסק כחו של המוריש מהממון, דגם לאחר מיתתו יש לו כוח להנחיל, ורואים כאילו קיים ומכחו הם יורשים, ועי' שייך מצווה לקיים דברי המת. והא דאין לו כח להקנות שיחול הקנין לאחר מיתה, וכדאמרינן דאין שטר וקנין אחר מיתה, היינו דדין זכות הירושה שיש להיורשים מפקיע ממנו כחו שלא יהיה שולט על ממונו להקנות לאחרים ולהפקיע הירושה³.

3. אמנם עי' בשו"ת בית שערים (יו"ד סי' של"ד) שהביא את דברי הרשב"א (נדרים ל"ד ע"ב) בהא דאיתא בגמ' במדיר חבירו ואומר ככרי עליך, ונתנו לו במתנה, אסור בהנאה, אע"ג דככרי לא משמע אלא כל זמן שהוא שלו, ואם הוריש לו או מכרן קודם לאחר מותו בהנאה, וכתב הרשב"א לחלק בין הוריש לבין נתן במתנה "היינו דוקא בדנפק מרשותו עד שלא בא לרשותו

לפי הגדרה זו, נמצא דהמעכב לזכות בנכסי המת כאשר עדיין לא נולד העובר ועדיין אינו יורש הוא זכותו של האב להורישם, וזכות זו קיימת גם לאחר מיתתו וא"א להפקיעה ע"י זכיה בנכסים, דכח הורשה זה של המוריש מונע מלזכות בנכסים ולהפקיע בכך את כוחו מלהורישם ליורשיו.

ויתחדש לפי הסבר זה, דגם בעובר שנוצר אחר מות המוריש, הרי זכותו של המוריש היא להוריש לבן זה גם כשנוצר אחר מותו, והרי הוא עדיין כבעלים על הנכסים לענין זכותו להורישם, וכוח הורשה זה מעכב מלזכות לגמרי בנכסים ולהפקיע את בעלותו. ע"ע בחי' הגר"ש שקאפ, יבמות ס' לו, ובקונטרס השיעבוד ס' ד, עמ' רמו.

ועיין בקובץ שיעורים לר"א וסרמן הי"ד, ח"ב ס' יא, שכתב כע"ז.

ז. העולה לדינא

העולה מן הדברים לענין עובר שנוצר אחר מות האב:

א. לראשונים הסוברים להלכה שעובר יורש.

לשיטתם אין כלל מקור לחדוש שחדשו האחרונים (הקן אורה, הבנין ציון החדשות, והמנחת שלמה), שהבן יורש גם כאשר נוצר לאחר מיתת האב, דלשיטת ראשונים זו אפשר שחל שם יורש רק בשעת מיתה, וכפשוטו דברי המהרי"ט במומר.

ב. לראשונים הסוברים להלכה שעובר אינו יורש.

1. לסוברים שכשנולד יורש למפרע (תוס' יבמות שם), לא ברור גדר ה"למפרע", ולא ברור אם שייך לומר שירש למפרע כאשר עדיין לא היה עובר בשעת מיתת האב, אלא בן פחות מארבעים יום.

של מודר, ואפי' מת יירשנו, משום דאין היורש יורשו אלא לאחר מיתה דכבר נפק מרשות המדיר, ולא מן המוריש באה לו נחלה אלא שהתורה זכתה לו". וכתב בבית שערים דמבואר מדבריו דבירושת ממון יש רגע כמימרא שפקע כח האב, ואינה עדיין ליורשיו, דמשום הכי מקרי נפק מרשות המדיר קודם שבא לרשות המודר, רק שאחר כך זכתה התורה ליורשיו.

אולם נראה שאפשר לבאר את דברי הרשב"א באופן אחר, דהרשב"א בא לענות על השאלה מ"ט אם הקנה למודר עצמו אסור, הרי בב"א עם ההקנאה פקעה בעלותו של המדיר ונמצא דמעולם לא נהנה מממנו, וע"ז כתב הרשב"א שכיון שהיכולת של המודר להנות מן הכתר היא מחמת פעולת הקניית המדיר חשיב כנהנה ממנו, משא"כ בירושה אין המוריש פועל בירושה ולא באה ליורש מחמת פעולת המוריש, וכן מפורש ברשב"א להלן (מ"ו ע"ב) שכתב "דאע"ג דמשעת נתינה ואילך לאו ככרו הוא, הכי קאמר ליה כל שיבא ככרי ממני לך יהא אסור לך". אלא שהרשב"א הוסיף עוד, דאילו ירושה היתה חלה בסוף חיי המוריש ולא לאחר מותו, הרי עצם הירושה היתה נחשבת כהנאה מן המוריש, ואף שהמוריש אינו פועל את הירושה, ולכן הוצרך הרשב"א לומר דהירושה חלה רק לאחר מיתה, וכיון שלא קיבל ממנו בחייו כלום, וגם פעולת ההורשה אינו זה מעשה שפועל המוריש, אין כאן הנאה ממנו. וזו גם כוונת הר"ן (מ"ב ע"א) שהזכירו הבית שערים, שכתב "אם מת יירשנו – דלאו מדידיה מתהני אלא מירושתיה דזכי ליה רחמנא". כונתו דלא מחמת פעולת רצון המוריש זכה היורש.

2. הנדון אם עובר שנוצר לאחר מיתה דומה לעובר שיורש כשנוולד, תלוי גם בשאלה מדוע זכיית שאר היורשים בנכסים קודם לידת העובר, לא תמנע את זכייתו בנכסים.

לדעת הגר"ח דגם קודם שנולד חל עליו "שם יורש", ושם זה הוא שמונע מהיורשים האחרים להפקיע את זכותו לכשיוולד, ברור שאם עדיין לא נוצר העובר בשעת המיתה, הרי זכו כבר שאר ביורשים בנכסים, ולכשיוולד העובר אין לו רכוש לרשת.

גם כאן צ"ע כיצד עובר שהיה בן פחות מארבעים יום בעת מיתת המוריש, יוכל לרשת לכשיוולד, שהרי לא יתכן לתת "שם יורש" למיא בעלמא.

לביאור האמרי משה בדעת ר"ת בגדר ירושה, ולהסברנו דלפי"ז זכות האב להוריש לבנו לאחר שיוולד היא שמונעת מהיורשים האחרים להפקיע את זכותו לכשיוולד, קיים טעם זה גם בעובר שכל יצירתו הייתה לאחר מות אביו, שהרי בנו הוא, וזכותו של אביו היא להוריש לו.