

דניאל ב"ן

מעמד העובר בקניינים, ירושה ובקידושין

א. פתיחה

מהכללים היסודיים בהלכות הקניינים, הוא הכלל שאין הקניינים חלים על דבר שלא בא לעולם וכן שלא ניתן להקנות למי שאינו בעולם, בזמן שבו דברים אלו או אדם זה, אינם נמצאים בעולם. יסודם של כללים אלו הוא בסברא שאין בעלות למי שאינו קיים ועל דבר שאיננו. ההגדרה של הדברים הללו אינה תלויה בגמירות דעת אלא במציאות. לעומת זאת השאלה האם הקנין שנעשה על דשלב"ע ויחול על הדבר כשיבוא לעולם יועיל, שנויה במחלוקת תנאים ויתכן שתלויה בגמירות דעת המעורבים בקנין. הנושא שאנו רוצים לעסוק בו הוא מצב ביניים כעובר שכבר קיים במידה מסוימת בעולם¹, ועל כן הוא דורש בירור מיוחד, וכפי שהדגשנו נתמקד בפרט בשאלה האם הקנין בעובר יכול לחול בעודו עובר שהיא שאלה שדורשת הגדרה הלכתית יותר מדויקת. בירור מקיף בשאלה זו נמצא ב"מחנה אפרים" הלכות מוכר דשלב"ע² ובעקבותיו במפרשי השו"ע חלק חו"מ בסי' רט"ו-ריב"ג³. מטרתנו היא לברר שאלה זו בבירור הסוגיות העיקריות שעוסקות בענין, ובפרט בשיטת הרמב"ם בה יש מבוכה במפרשים. מתוך בירור ענין זה נזדקק לשאלת היחס שבין דיני ההקנאה לדיני הירושה ולדיני ההקדש.

ב. מכירת עובר.

א. מחלוקת האחרונים בדעת הירושלמי בב"ב לגבי מכירת עובר

בתלמוד ירושלמי מסכת ב"ב⁴ נאמר י"ב חסדא אמר משוך את הבהמה הזו לקנותה קנה, לקנות (אותה ואת) ולדותיה לא קנה, לקנותה היא וולדותיה לא קנה. אמר רב נסא הדא דתימר בשלא היתה

¹ ובספר אמאי משה לרבי משה יהודה אפטער מטארנא אף רצה לחדש שעובר הוא דבר שלא בא לעולם למחצה, דהיינו רק מצד הקונה שאינו יכול לראותו, ובהמשך נביא מדבריו.

² סי' א'

³ ובאחרונים וביניהם במיוחד רבי אליהו חזן בספר "חקרי לב" של אביו סימן יז' שבירר ענין זה בחריפות ובבקיאות ולצדרי לא הספקתי לציין במאמר לדבריו הנפלאים במקומות הרבים שיש בהם תוספת לנידון, ובאחרונה בספר "העובר בהלכה" לרבנים אליעזר אפרסמון ודוד ויסקוט.

⁴ פרק ג' הלכה א'

הבהמה עוברה אבל היתה הבהמה עוברה עשו אותה כאחד מאבריה. והתני המוכר עוברי בהמתו לא עשה כלום, המוכר ולדי שפחתו לחברו לא עשה ולא כלום, המוכר מעשרות שדהו לחברו לא עשה ולא כלום, המוכר אויר חורבתו לא עשה ולא כלום, אלא מוכר לו בהמה ומשייר לו עוברה, מוכר לו שפחה ומשייר לו ולדה, מוכר לו שדהו ומשייר לו מעשרות, מוכר לו חורבה ומשייר לו אוירה".

הרא"ש בב"ב⁵ הביא את הברייתא בשם "תוספתא ומייתי לה הירושלמי"⁶, והב"י⁷ והוסף "ואיכא לאיסתפוקי אם היו הבהמה או השפחה מעוברות כשמכר לו ולדותיהן אם קנה". והעיר עליו הפני"מ הנ"ל שבירושלמי שלפנינו ברור שהבהמה היתה מעוברת כבר והתוספתא היא תגובה לדברי רב נסא שלא עשו אותה כאחד מאבריה.^{8,9}

אמנם בספר "נתיבות ירושלים" על ירו' ב"ק ובעקבותיו הגר"ש ליברמן¹⁰ תפסו שדברי רב נסא אינם נדחים ע"י התוספתא אלא היא מובאת בניחותא¹¹. והם טוענים שיש ליישב את הברייתא שלא תסתור את דברי ר"ג, הנת"י מוכיח מכאן את סברת נה"מ שיש לחלק בין מכירת עובר כמו שהוא, שאז הוא כאחד מעובריה, כל' הירו', לבין מכירת העובר לכשיהיה ולד גמור ובריא שלגבי זה הוא דשלבלי"ע. אפשר לומר הסבר אחר, ועל פיו יבואר ספקו הנ"ל של הב"י, שהחיסרון במכירה הוא מפני שהבהמה עדיין אינה מעוברת שאז בודאי העובר לא בא לעולם ואם הייתה מעוברת היה אפשר למכור וזהו המקרה של רב נסא. והב"י הסתפק האם ללמוד באופן זה את הירו' או ללמוד כמו הפני"מ שזו קושיא על רב נסא או אולי הסתפק האם ללמוד כנה"מ¹².

ב. מחלוקת רשב"ם ור"י בהגהות אשר"י בב"ב

בהגהות אשר"י בב"ב¹³ מובאת דעת הפוסקים כשיטת ר"י שמזכה לעובר לכשתלד קנה ומוסיף על כך ההגהות אשר"י שישנה מחלוקת מדוע מועילה מכירה כזו שלדעת ר"י למרות שעובר לא בא לעולם עדיף לר"י זיכוי דשלבלי"ע מאשר מכירת דשלבלי"ע ולכן "וה"ה אם מוכר העובר של בהמה מבכרת דלא

⁵ פרק ד' ס"י ז'

⁶ למרות שלפנינו בתוספתא היא לא נמצאת, כפי שהעיר הפני משה על הירושלמי במקום, ובירו' קידושין פ"א ה"ד ובדמאי פ"ו ה"ב הובאה מימרא זו בשם "רבי אבהו בשם רשב"ל".

⁷ סימן ריב' סעי' ב'

⁸ וכן תפס הגר"א בביאורו ליו"ד ס"י שכ' ס"ק י' בליקוט ואף הקשה מכח הירו' על הרשב"ם שפסק כר"י שעובר בא לעולם ומועילה מכירתו לכשתלד ומישהו הוסיף תירוץ שבירו' מיירי שלא אמר לכשתלד.

⁹ ומסתבר שכך גם למד הרא"ש בירו' וזה ראייה לשיטתו בבכורות שנביא בהמשך.

¹⁰ בהערות על ירושלמי נזיקין.

¹¹ והוכיחו את זה גם מהסוגיות המקבילות בירו' קידושין והנת"י הביא רשב"א בגיטין שגורס "תני" ואף אם גרוס "התני" טען הגרש"ל שאין זה קושיא אלא בניחותא.

¹² לכאורה ניתן להוכיח כהסבר על פי דרכו של הב"י שמדובר בברייתא בבהמות שאינן מעוברות כיון שכשהברייתא רוצה להביא מקרה שהמכירה תועיל, עפ"י הנת"י שמדובר אף בבהמה מעוברת הייתה יכולה לאמר שימכור את העובר כפי שהוא עכשיו ולא הייתה צריכה להעמיד שהוא משייר בבהמה את חלק העובר. ואילו לב"י שמדובר דוקא בבהמה שאינה מעוברת עדיין זהו הפתרון היחיד. אמנם ניתן ליישב בדוחק שכיון שהברייתא עוסקת לפי הנת"י גם בבהמה שאינה מעוברת עדיין הייתה צריכה לתת פתרון שיתאים לכל האפשרויות.

¹³ על הרא"ש פרק ט' סימן ה' ד"ה "בין"

קנה אף כשבאת לעולם... כך נראה לר"י, ורשב"ם פירש דטעמא דר"י דחשיב עובר כאילו הוא בא לעולם לענין זה לכשתלד קנה א"כ היה משמע דקנה לענין מכירת עובר אבל ר"י אין תופס כך". וכן נקט בפשטות בהגהות אשר"י בב"מ¹⁴ בשם האו"י הביא שזו מחלוקת ר"ת ור"י האם ניתן למכור עובר ופסק כר"י שניתן. ולכאורה סותר לדברי ר"י שהובאו כאן.

ג. דעת ר"ת והרא"ש בבכורות שלא ניתן להקנות עובר

במסכת בכורות¹⁵ מספרת הגמרא שרב מרי בר רחל היה מקנה את אוזני הבכורות לעכו"ם ע"מ להפקיעם מבכורה ונענש על כך והגמרא מביאה כמה הסברים מדוע נענש, התוס'¹⁶ מבאר את הסברי הגמ' ובין הדברים מובא "עוד פ'ית רב מרי לא היה מקנה אוזן עובר לעכו"ם דהוי דשבל"ע אלא היה מקנה בהמה לאזני עובר כמו דקל לפרותיו וטעה אינש ואמר אזני עובר היה מקנה כמו פירות דקל ואתי לדי תקלה אבל כי מקנה אזני הבהמות שרי דלא אתי למיטעי"י וכן הביא הרא"ש¹⁷ ולא חלק עליו ומשמע שהסכים לשיטה זו. והטור¹⁸ פוסק בפשטות "זאם יקנה לגוי אוזן העובר אין הקנין חל לפי שאין אוזן העובר בעולם".

ד. שיטת הרמב"ם

הרמב"ם בהלכות בכורות¹⁹ כותב "בהמת השותפין חייבת בבכורה לא נאמר בקרד וצאנך אלא למעט שותפות הנכרי שאם היה שותף בפרה או בעובר אפילו היה לנכרי אחד מאלף באם או בולד, הרי זה פטור מן הבכורה, היה לו באחד משניהם אבר אחד כגון יד או רגל, רואין כל שאילו יחתך והיה בעל מום הרי זה פטור, ואם אפשר שיחתך אבר הנכרי ולא יפסל, הרי זה חייב בבכורה. הלוקח עובר פרתו של נכרי, או המוכר עובר פרתו לנכרי, אע"פ שאינו רשאי הרי זה פטור מן הבכורה ואין קונסין אותו על דבר זה". ומשמע מדבריו שישנן אפשרויות שותפות שונות באם ובעובר ואפשר לומר שהוא מסתמך על דבריו בהלכות מכירה²⁰ "מקנה אדם הגוף לפירותיו בין במכר בין במתנה בין במתנת שכיב מרע, ואין זה מקנה דבר שלא בא לעולם שהרי הגוף מצוי ומקנה לפירות, הא למה זה דומה לשוכר בית או שדה לחבירו שלא הקנה לו הגוף אלא הנאת הגוף. כיצד כגון שמכר או שנתן שדה לפירותיה בין לזמן קצוב בין כל ימי חייו של מוכר או של לוקח, והוא הדין למוכר ולנותן אילן לפירותיו, או רחל לגיזתה, או בהמה ושפחה לולדותיהם, או עבד למעשה ידיו, בכל ממכרו או מתנותיו קיימין". אלא שיש לשאול מדוע א"כ יש צורך לפרט שיוור נפרד בעובר מהאם והרי גם השיוור בעובר הוא מכח שיוור האם לולדה וצ"ל או כסברת הנה"מ שהזכרנו שמכירת העובר נעשית בעודו עובר להיות כפי שהוא של הגוי וזה מועיל. או כסברת ה"ציון ירושלים" שנביא בהמשך שהשיוור לעובר אינו שיוור בגוף האם.

¹⁴ פרק ד' סי' ח' ד"ה "והיכא" ציין אליו בהגהות "ארץ צבי". והאו"י בח"א סי' תפ'.

¹⁵ דף ג'.

¹⁶ ד"ה "דקא".

¹⁷ סי' ב'.

¹⁸ יו"ד סי' שכ' סעי' ו'.

¹⁹ פרק ד הלכות א' ב'.

²⁰ פרק כג' הלכות א' ב'.

ה. שיר בעובר

הב"י שהזכרנו קודם שהסתפק בכונת הירו' האם מועילה מכירת עובר, ממשיך "ומצאתי להרא"ש שכתב בפרק הספינה²¹ תוספתא המוכר שפחה לחבירו וכי שפחה מעוברת אני מוכר לך מכר את הולד ומשמע שאם לא אמר שפחה מעוברת אלא שפחה סתם דלא מכר את הולד ולא מסתבר כלל עכ"ל". והמהר"ט אלגזי הבין שרוצה להוכיח מהרא"ש שסובר שעובר הוא דשלבלי' ולכן אם אמר שפחה סתם מכר את הולד שכן אם היה רוצה לשייר את העובר לעצמו היה צריך לשייר חלק מהפרה ובודאי שהיה עליו לומר שהוא לא מוכר את כל הפרה, ויש להעיר על דבריו שלהבנתו נראה שהמחלוקת בין הרא"ש לתוספתא היא בשאלה האם עובר הוא דשלבלי' וזה פלא שיחלוק הרא"ש על התוספתא בענין חמור כזה ללא ראיות ובפרט שהוא בעצמו הביא תוספתא מהירו' שסוברת שעובר הוא דשלבלי', ויותר נראה שחולקים בכונת המוכר. אמנם בספר "ציון ירושלים"²² השיג על המהר"ט וטען שניתן לשייר עובר אף אם הוא דשלבלי' ללא שיר בגוף האם ומחלק בין זה לשדה לפירותיה ש"השדה לפירות הוא עומד א"כ הפירות בכלל השדה ולכן אינו יכול לשייר מקצת פירותיו דה"ל דשלבלי' משא"כ כאן הוא מכר הפרה ואטו כל הפרות יש להם וולדות שיהיו בכלל המכירה וכל שאינו בכלל הפרה והשפחה ל"ש לומר אין אדם משייר דשלבלי' דהא לא נמכרו כלל בכלל הפרה והשפחה וכל שלא נמכר הוי בחזקת בעליהן". ואף המהר"ט עצמו העלה סברה דומה במכירת בהמה לעוברת שלא נמכר בגוף הבהמה כלום. אמנם נראה להוכיח מהרשב"א בחידושו לגטין²³ שדן האם בשייר אויר חורבה כונתו ששייר חורבה לאוירה או שהאויר הוא מחלקי החורבה וכשייר חלק מהחורבה הוא ואמר שעפי"ז צריך לומר ששאני משייר חורבה לאוירה מהדינים האחרים בירו' והם עובר ומעשרות וולדות ונראה מדבריו שלגבי עובר פשיטא ליה שהשיר הוא בבהמה עצמה. וגם סברת הספק היא שהאויר אינו פירות החורבה לא שייכת בעובר.

ו. שיר בעובר לענין מכירת גנב.

הקצות²⁴ הביא את הגמ' בב"ק פרק שביעי שמסתפקת לגבי גנב שמכר בהמה חוץ לעוברת. "בעי רבי ירמיה: ... חוץ מעוברת, מהו? אליבא דמאן דאמר עובר ירך אמו הוא לא תבעי לך, דהא שייר בה, כי תבעי לך - אליבא דמאן דאמר דעובר לאו ירך אמו, מאי? מימר אמרינן: כיון דמחובר בה הוי שיר, או דלמא כיון דלמפרש מינה קאי לא הוי שיר? איכא דאמרי: כיון דלאו ירך אמו הוא לא הוי שיר, או דלמא כיון דצריך לאישתרוי בהדה בשחיטה, כמאן דשייר בגופה דמי? תיקו". ומשמע מהגמרא שלמ"ד עובר לאו ירך אמו יתכן שהשיר בעובר לא ייחשב כשיר באמו ומכאן הוכיח הקצות שעובר הוא דבר שבא לעולם. עפ"י סברת ה"ציון ירושלים" דלעיל שהשיר הוא אינו בגוף האם ומתבטלת ההוכחה, אמנם כבר הערנו שמדברי הרשב"א לא נראה כך וכן לא מצאנו לסברא זו זכר בראשונים. אמנם נראה שניתן לבאר בפשטות שהספק הוא האם השיר של כח הצמיחה של העובר שאינו שיר של חלק ברור בגוף האם זהו חיסרון בדיני מכירת הבהמה לגבי גנב שמכר או שכל שיר בגוף האם מספיק לענין זה. ועפ"י מובן היטב מהו הצד שלמ"ד עובר לאו ירך אמו ייחשב שיר העובר כשיר בגוף הבהמה שהרי נצרכים אנו לשייר גם

²¹ ס"י ט' והתוספתא ב"ב ד', ג' המהר"ט אלגזי על הרמב"ן בכורות ב.

²² על גליון הירו' ב"ב ח.

²³ מב: ד"ה איבעיא וכן בתשובותיו ח"ב ס"י שפד'.

²⁴ ס"י רט' ס"ק י' והגמ' בדף עח:

בגוף הבהמה לכל השיטות ומהות היחסים שבין העובר לבהמה משפיעה על הגדרת השיוור בגוף הבהמה כשיוור ניכר וממשי.

ז. שחרור עובר

הגמרא בגיטין²⁵ אומרת "אמר ר' חייא בר אבא א"ר יוחנן: אין העבד נעשה שליח לקבל גט אשה מיד בעלה, לפי שאינו בתורת גיטין וקידושין, ואע"פ ששנינו: הרי את שפחה וולדך בן חורין, אם היתה עוברה - זכתה לו. מאי אם היתה עוברה זכתה לו? כי אתא רב שמואל בר יהודה אמר, ר' יוחנן תרתי אמר: נראים דברים שהעבד מקבל גט לחבירו מיד רבו של חבירו, אבל לא מיד רבו שלו, ואם לחשך אדם לומר: זו הלכה שנויה אם היתה עוברה - זכתה לו! אמור לו: שני גדולי הדור פירשו את הדבר, ר' זירא ור' שמואל בר רב יצחק, חד אמר: הא מני? רבי היא, דאמר: המשחרר חצי עבדו - קנה; וחד אמר: מאי טעמא דרבי בהא? קסבר: עובר ירך אמו הוא, ונעשה כמי שהקנה לה אחד מאבריה".

מוכיח מכאן המחנ"א שניתן להקנות עובר ולהוציאו לחירות. אמנם מהגמרא משמע לכאורה להיפך שהסיבה שמועיל הזיכוי לעובר הוא רק בגלל שזהו שחרור של חצי עבד ואילו היה העובר עומד בפני עצמו לא היה מועיל לו השחרור. וכן כתב במפורש הראב"ד²⁶ שלא יועיל שחרור לעובר להלכה שעובר לאו ירך אמו מכיון שעובר הוא דשלבל"ע והכס"מ שם למד שזו גם דעת הרמב"ם. אמנם המחנ"א רוצה לטעון שהרמב"ם שם חולק על הראב"ד בכך שהוא מנמק שהשחרור לא מועיל מפני שהוא "כמי ששחרר חציה". אבל הוא אינו מבאר כיצד א"כ יכול הרמב"ם לפסוק ששחרור האשה ללא העובר יועיל ואין זה שחרור חצי עבד. אמנם יש להעיר על דבר מענין שעולה מהרמב"ם שניתן לשייר את הולד בלי לפגוע בשחרור האשה למרות שהשיוור צריך להיות שפחה לעוברה ויעוין במה שדנו לעיל בענייני שיוור, והמחנ"א תפס ששיוור האם לעוברה יעכב את הגט ובהכרח ששיוור העובר הוא לעצמו וצ"ע.

ח. הערה נוספת לגבי שיוור בעובר.

המחנ"א מצייין לסוגיא נוספת במסכת שבת²⁷ לגבי מילת עבדים "אמר רבא: בשלמא לרבי חמא - ... מקנת כסף נימול לאחד - כגון שלקח זה שפחה וזה עוברה. אלא לתנא קמא בשלמא כולהו משכחת להו, אלא יליד בית נימול לאחד היכי משכחת לה? אמר רבי ירמיה: בלוקח שפחה לעוברה. הניחא למאן דאמר קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי, אלא למאן דאמר קנין פירות כקנין הגוף דמי - מאי איכא למימר? - אמר רב משרשיא: בלוקח שפחה על מנת שלא להטבילה. והקשה מדוע לרב חמא שמכר עובר אין הדבר תלוי במחלוקת האם ק"פ כק"ג דהרי המכירה היא ודאי פרה לעובר וע"ז תירץ השעה"מ שעפ"י רש"י ההעמדה של רב חמא היא רק לרווחא דמילתא ולכן הגמרא לא הייתה צריכה להיכנס לחשבון של ק"פ כק"ג לגביה.

²⁵ דף כג:

²⁶ על הרמב"ם הלכות עבדים ז', ה'. ויעוין בהפלאה כתובות יא. ד"ה "אמנם" שרצה לטעון ששחרור כקדושה יכול לחול על דשלבל"ע.

²⁷ דף קלה: השעה"מ הלכות נדרים יב', י'.

ג. הסוגיות בענין זכית וירושת עובר

א. הסוגיות בב"ב ובירושלמי יבמות - זכייה לעובר

במשנה בב"ב²⁸ נאמר 'האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה, ילדה זכר יטול מנה. אם נקבה מאתים, ילדה נקבה נוטלת מאתים. אם זכר מנה אם נקבה מאתים, וילדה זכר ונקבה, זכר נוטל מנה ונקבה מאתים'.

הגמרא²⁹ מביאה מקרה דומה למשנה, 'ההוא דאמר לה לדביתהו נכסי להאי דמעברת, אמר רב הונא הוי מזכה לעובר והמזכה לעובר לא קנה' ואכן רב נחמן מקשה לרב הונא מהמשנה שהדין שם הוא שקנה, ועל כך משיב לו רב הונא 'משנתנו איני יודע מי שנאה' כלומר המשנה כנראה הולכת עפ"י שיטה שאינה להלכה.

הגמרא מנסה למצוא תנאים שהמשנה תתאים לשיטתם. ראשית היא מביאה את דעת רבי מאיר שאפשר להקנות דבר שלא בא לעולם³⁰. ומחלקת הגמרא בין הקנאת דשלב"ל להקנאה לדשלב"ל ע"י מודה בעובר שאינו יכול לקנות. לאחר מכן מציעה הגמרא את דעתו של רבי יוסי שאמר³¹ "בת ישראל שנישאת לכהן ומת והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה מפני חלקו של עובר שהעובר פוסל ואינו מאכיל" ומבינה הגמרא בדעת רבי יוסי שעובר זוכה בנכסים וא"כ הוא בר זכיה ודוחה הגמרא ש"שאני ירושה הבאה מאליה" וגדרי הזכיה שלה שונים מדיני מקח וממכר הרגילים. לאחר מכן מעלה הגמרא עוד אפשרות שאינה מעניינתנו כעת.

המשך הגמרא מובאת מחלוקת אמוראים לגבי זכיה לעובר 'אמר רב נחמן המזכה לעובר לא קנה, לכשתלד קנה. ורב הונא אמר אף לכשתלד לא קנה ורב ששת אמר אחד זה ואחד זה קנה' ומביא רב ששת מקור לדבריו שיש קנין לעובר מברייתא 'גר שמת ובזבוזו ישראל נכסיו ושמעו שיש לו בן או שהייתה אשתו מעוברת חייבין להחזיר, החזירו הכל ואחר כך שמעו שמת בנו או שהפילה אשתו החזיק בשניה קנה ובראשונה לא קנה' ודוחה הגמרא את ראייתו בשתי אפשרויות אביי אמר שאני ירושה הבאה מאליה כפי שראינו קודם. ורבא אמר שאפילו אם לא שאני ירושה, לא קנו מפני שלא התכוונו להחזיק כיון שהסתפקו שמא יש יורשים לגר.

ומביאה הגמרא עוד ראייה ממשנה בנידה 'תינוק בן יום אחד נוחל ומנחיל' ומשמע שעובר לא נוחל. ומתרת ע"ז כמה תירוצים, רב ששת מבאר שהעובר תמיד מת לפני האם וע"כ אינו יכול להעביר את ירושתה ליורשיו ומר בריה דרב יוסף מבאר בשם רבא שעובר יורש אבל אין לזה השלכה לענין חלק הבכורה ומביאה הגמרא שתי אפשרויות להשלכות כאלה ופוסקת שהלכתא כשתיהן.

ובסיום הסוגיא פוסקת הגמרא 'אמר רבי יצחק אמר רבי יוחנן המזכה לעובר לא קנה ואם תאמר משנתנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו' כלומר המשנה אינה סותרת את המזכה לעובר הרגיל מפני שעוסקת בבנו של המזכה. ולמרות ששמואל היה מוכן להודיע בפני עשרה שהמזכה לעובר קנה נפסקה ההלכה שלא קנה.

²⁸ דף קמ:

²⁹ דף קמא:

³⁰ ומציין הרשב"ם שרב הונא סובר כר"מ כפי שמבואר בגמרא ביבמות צג.

³¹ במשנה ביבמות סז.

עולה מהסוגיא שישנה מחלוקת אמוראים לגבי זכיה לעובר כשרב הונא מעמיד אותו במעמד נחות מדיני דבר שלא בא לעולם ומונע ממנו זכיה אף לכשיוולד, רב נחמן מאפשר לו זכיה משיוולד אף יותר מדבר שלא בא לעולם רגיל (לשיטתו שאין קונים דבר שלב"ל), ושניהם סוברים שאף אם יוכל לירש עובר, א"א יהיה לזכות לו. ורב ששת טוען שכשם שירש בעודו עובר כך הוא יכול לזכות. נחלקו ראשונים האם זוהי תקנה מיוחדת בשכ"מ שנותן לבנו או שאף לגבי אדם בריא יש אפשרות להקנות לבנו העובר. וכן דנו בשאלה מתי מתחילה הזכיה האם רק משיוולד או אף לפני כן. בירושלמי יבמות³² מופיעה ג"כ מחלוקת בענין זה "שמואל אמר זכין בעוברין רבי לעזר אמר אין זכין בעוברין, אמר ר' יוסי אע"ג דשמואל אמר זכין לעוברין מודי והוא שיצא ראשו ורובו בחיים... למפרע הוא שיזכה" ומביא הירו' את משנתנו בב"ב ועליה "אמר ר' לעזר לא אמר אלא בנו הא אחר לא ר' יוסה אמר אפילו אחר, על דעתיה דר' לעזר ובלבד שכ"מ הא בריא לא, בלבד מטלטלין הא קרקעות לא" ומקשה הירו' מהברייתא של גר שמת שלכאורה יש זכיה לעובר ומיישב "שנייה הכא שהוא בנו" ומסבירים המפרשים שכוונת הירו' שזו ירושה כתירוץ אביי בבבלי, ומקשה על שמואל שהתנה זכית העובר ביציאתו חל³³ ומתוך הירושלמי "אמר ר' יצחק בר אלעזר משום ייאוש", וזהו תירוץ של רבא בבבלי. בהמשך הדברים ישנה עמימות בדברי הירו' ועפ"י חלק מהפירושים חזר בו ר' לעזר מכח המשנה בב"ב.

ב. הסוגיות ביבמות ובנידה - ירושה בעובר

כבר הזכרנו את דברי רבי יוסי שהובאו בסוגיא בב"ב שעובר פוסל ואינו מאכיל והגמרא ביבמות³⁴ מביאה שרב יוסף ביאר שהוא סובר שיש לעובר זכיה ועובר במעי זרה זר הוא, הגמרא מציעה הסבר נוסף לדבריו עפ"י רבה שילוד מאכיל ואינו ילוד אינו מאכיל, ודוחה הסבר זה. אמנם עפ"י גירסת כת"י מינכן, המובאת בדק"ס השלם, האפשרות הזאת אינה נדחית ואדרבא משמע שההבנה של עובר במעי זרה זר היא לרבנן שיטה אפשרית "לדידכו" אף אם יסברו שעובר אינו זוכה! בהמשך הגמרא שמואל מביא את דעת חכמים החולקים על רבי יוסי ואומרים "יש לו בנים אוכלים משום בנים, אין לו בנים אוכלים משום אחים, אין לו אחים אוכלים משום משפחה כולה". מדברים אלו עולה שלדעת חכמים אף אם אין לעובר אחים העבדים אוכלים בתרומה מכח שאר המשפחה. בסוגיא הני"ל בנדה על המשנה "תינוק בן יום אחד...ומאכיל בתרומה ופוסל מן התרומה" שואלת הגמרא מאי אריא תינוק בן יום אחד אפילו עובר נמי? אמר רב ששת, הבי"ע בכהן שיש לו שתי נשים, אחת גרושה ואחת שאינה גרושה, ויש לו בנים משאינה גרושה ויש לו בן יום אחד מן הגרושה, דפוסל בעבדי אביו מלאכול בתרומה. ולאפוקי מדרבי יוסי דאמר עובר נמי פוסל קמ"ל בן יום אחד אין עובר לא". מהמקרה שמצייר רב ששת עולה, לכאורה, שהויכוח בין חכמים לרבי יוסי הוא במקרה שיש עוד אחים, ואם היה העובר בן יחיד היו מודים חכמים לרבי יוסי שהעובר פוסל את עבדי אביו מלאכול בתרומה וא"א להסתמך על המשפחה כולה כדברי שמואל בדעת חכמים.

³² פרק ד' הלכה א' דף ו' ע"ג.

³³ ולכאורה לא מובן מדוע אם ירושה שאני לא יישוב גם שמואל שהרי ר"א יותר קיצוני ממנו ביחס למעמד העובר ומודה בירושה?

³⁴ דף סז.

יש לציין שהדיון הוא בעת היות העובר בבטן אמו שכן הדבר נוגע לדיני העבדים שלו באותו זמן, האם יכולים לאכול בתרומה.

עולה מהסוגיות שיש מחלוקת בין רבי יוסי לחכמים בענין ירושה לעובר, שלרבי יוסי עובר יכול לירש ולגרום לעבדים שנכללים בירושה שלא לאכול בתרומה במקרה שהוא חלל. ולחכמים עובר אינו יורש. עפ"י שמואל אפילו כשאין לו אחים ועפ"י רב ששת דוקא במקרה שיש לו אחים נוספים הוא אינו יורש. ולא נתברר בדברי הגמרא האם המחלוקת תלויה בשאלת הזכייה לעובר. אבל עולה מהסוגיא ביבמות שלשמואל שפוסק שיש זכייה לעובר, בהכרח יסבור כרבי יוסי שהעובר הוא כזר ופוסל את עבדיו מלאכול בתרומה. ומשמע מדבריו שלדעת חכמים אין לעובר זכייה כלל בירושה והם מודים לרבי יוסי שיתכן שעובר הוא זר לענין תרומה אלא שאין בזה נפק"מ לשיטתם. ורב ששת כנראה מצמצם את המחלוקת לדיני תרומה ומבאר שחולקים, האם שותפות העובר פוסלת מאכילת תרומה.

ד. שיטת רבינו האי גאון - עובר לא בא לעולם

רה"ג פוסק שעובר הוא דבר שלא בא לעולם וע"כ אי אפשר למכור עובר כשם שא"א לקדש עובר³⁵ וכן הוא פוסק שא"א לזכות לעובר אא"כ אמר לכשתלד שלדעת רב נחמן קנה והלכה כמותו³⁶ והמ"מ³⁷ הביא בשמו ששכ"מ שהקנה לבנו העובר מועיל.

ישנה סתירה בדעת רב נחמן שפוסק שבדבר שלא בא לעולם לא מועיל קנין אף כשיבא לעולם³⁸ ואילו בזכייה לעובר סובר שמועיל קנין לכשוולד.

והרשב"א³⁹ העיר שעפ"י שיטת רה"ג שעובר נקרא דבר שלא בא לעולם צריך לבאר שר"י סובר שלא כמו רב הונא, כפי שהגמרא הסבירה שיותר קל לקנות דבר שלא בא לעולם מלקנות לעובר שאינו בעולם, אלא שלהיפך יותר קל להקנות לעובר אף שאינו בעולם מלקנות דבר שאינו בעולם⁴⁰ וכן שיטת תוס' בגיטין⁴¹ ושיטת ר"י.

ועפ"י דבריהם נראה שהמחלוקת בין ר"י לר"ה היא בשאלת גמירות הדעת של המעורבים במקח וממכר. ולכו"ע עובר לא בא לעולם.

³⁵ ספר המקח וממכר שער ב' דרך ב'

³⁶ שער ה' דרך ב'

³⁷ על הרמב"ם הל' מכירה כב, י'

³⁸ ב"מ סו :

³⁹ קידושין סב :

⁴⁰ והוסיף הרשב"א שזו גם דעת רב ששת בסוגיא שם שהמזכה לעובר קנה אף כשהוא עובר למרות שא"א לקנות דבר שלא בא לעולם וצ"ע שלא העיר שרב ששת ודאי סובר שעובר הוא דבר שבא לעולם ויכול לקנות ולכאורא אינו קשור כלל לסתירה בר"י.

⁴¹ דף יג : ד"ה "לדברי" ור"י מובא בהגהות אשר"י על הרא"ש ב"ב פרק ט' סימן ה'.

ה. מחלוקת הראשונים בענין: האם עובר בא לעולם

הרי"ף פוסק בב"ב⁴² כסתמא דגמרא שהמזכה לעובר לא קנה והמשנה היא מקרה מיוחד בבנו והוא גם פותח בתחילת דבריו שהמשנה היא בשכ"מ.

וביבמות כותב "העובר פוסל ואינו מאכיל דברי ר' יוסי דקסבר דעובר במעי זרה זר הוא ואית ליה קנייה ולפיכך פוסל בעבדים מלאכול בתרומה בשביל היורשים מפני חלקו שהוא זר ולית הלכתא כוותיה אלא כרבנן דאמרי אין לעובר קנייה ואין לו חלק עד שיוולד הילכך אפילו במעי גרושה לא פסיל להו לעבדים עד שיוולד ותנן נמי בפרק יוצא דופן תינוק בן יום אחד פוסל בתרומה, פירוש בן גרושה שהוא חלל אינו פוסל את העבדים מלאכול בתרומה בשביל הבנים הכשרים עד שיהא בן יום אחד אבל עובר במעי גרושה לא פסיל דלית ליה קנייה בגוויהו וכן הלכתא".

הרי"ף דקדק לכתוב את טעמו של רבי יוסי מפני שעובר זר הוא, כנראה מכח העובדה שהטעם השני שאינו ילוד אינו מאכיל נשאר בקושיא. ותלה את דעת חכמים בכך שאין לעובר קנייה.

הראב"ד⁴³ חולק וטוען דקיי"ל כרבי יוחנן "שהמזכה לבנו אפילו במעי אמו קנה הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו". ובסוגיא שם משמע שירושה עדיפא מזכייה והרי שהוא צריך לפסוק כרבי יוסי שהעובר יורש. עד כאן תמצית דברי הראב"ד.⁴⁴

הרמב"ן תירץ את דברי הרי"ף שכיון שרבא סובר כחכמים ואף ר"נ סובר כמותם, פסק כחכמים שעובר לא בא לעולם. ורבי יוחנן סובר כרב הונא ומה שתירץ את המשנה בבנו היינו בשכ"מ ולאחר שיוולד. נמצא שלדעתו הרי"ף הכריע שעובר הוא דבר שלא בא לעולם כלל ואין לו זכייה אלא משיוולד ורק רבי יוסי ורב ששת בעקבותיו סוברים שעובר בא לעולם ואין הלכה כמותם.

הרא"ש השיג על הרמב"ן ותפס שלכל הדעות, (מלבד שמואל בדעת חכמים) עובר בא לעולם והוא יכול לזכות, והוכיח את זה מהסוגיא בנדה שרב ששת סובר שחכמים אינם חולקים על רבי יוסי אלא כשיש עוד אחים אבל אם אין עוד אחים מודים לו שיש זכייה לעובר. ועוד הקשה על הרמב"ן שלא ייפו חכמים כח השכ"מ אלא שפטרו אותו מהצורך במעשה קנין בדבר שמועיל בו קנין. הרמב"ן ישיב על דבריו (כפי שמבואר בחידושו בנדה) שרב ששת מסביר את המשנה שם עפ"י שיטתו שיש זכייה לעובר, ושאר האמוראים חולקים עליו והמחלוקת היא האם חוששים למיעוט. ולגבי השכ"מ יאמר, שזו תקנה מיוחדת וכפי שכתב שהיא כדוגמת ירושה דהיינו סוג קנין שכבר קיים.

⁴² דף סו. ויבמות דף כב.

⁴³ הובא ברא"ש יבמות פרק ז' סי' ד' וכן דברי הרמב"ן ותשובת הרא"ש עליהם.

⁴⁴ וצ"ע מנין לראב"ד שלרבי יוחנן אפילו במעי אמו קנה. עפ"י הראב"ד כיון שפסק הרי"ף ביבמות כרבנן שאין זכייה לעובר צריך לפסוק בב"ב כרב הונא ולדחות את המשנה לחלוטין ולא לתרץ שמדובר במשנה בבנו שכן גם תירוץ זה בנוי על ההנחה שיש זכייה לעובר. וצ"ל שהראב"ד ביאר עפ"י הרי"ף את דברי רבי יוחנן שפותח ואומר שהמזכה לעובר לא קנה ואעפ"י לבנו קנה דלא כר"ה שהרי לא תועיל זכייה כלל, אלא כר"נ, וסבר שיש זכייה לעובר ויש חיסרון בגמירות דעת עד שתלד, והמחלוקת ביניהם היא האם עובר הוא דבר שלא בא לעולם כמחלוקת בין רבי יוסי לחכמים וע"כ יש סתירה בדברי הרי"ף, שהרי פסק שעובר לא בא לעולם. ומובן שהוכרח הראב"ד לבאר שעפ"י רבי יוחנן המשנה מדברת על זכייה בעודו עובר שהרי רבי יוחנן סובר כר"נ וכל עובר זוכה משנולד והיה משמע לו במשנה שהזכייה היא עוד בעודו עובר וע"כ התקשה ותירץ שמדובר בבנו וכיון שעובר עפ"י הבנה זו לרבי יוחנן הוא דבר שבא לעולם, יכול לזכות גם בעודו בבטן אמו.

אלא שלגבי דברי רב ששת בנידה נראה בעז"ה בהמשך ששיטת הרי"ף עדיין מוקשית. נמצא שנחלקו הראשונים בהסבר מחלוקת ר"ה ור"נ. לדעת הראב"ד נחלקו האם עובר בא לעולם, לדעת הרמב"ן לכו"ע עובר לא בא לעולם ולדעת הרא"ש לכו"ע עובר בא לעולם ונחלקו לגבי גמירות דעתו של המקנה.⁴⁵

הרשב"ם בב"ב שם סובר כראב"ד וכרא"ש שר"נ סובר שעובר בא לעולם והוא מתרץ ע"כ את הסתירה שהזכרנו, בהסבר שיטת רה"ג, בדעת ר"נ.

ו. שיטת הרמב"ם ובירור נוסף בשיטת הרי"ף

א. שיטת הרמב"ם בפירוש המשנה

הרמב"ם בפירוש המשנה בב"ב⁴⁶ כותב את עקרונותיו בענין זכייה לעובר, "מן הכללים אצלנו המזכה לעובר לא קנה לפי שאין ההקנאה מתקיימת אלא לאדם מצוי בפועל, ואין העובר כן. והטעם כאן שקונה מה שנתן לו אביו לפי שדעתו של אדם קרובה אצל בנו ולפיכך לא יתקיים לעובר אלא מה שנתן לו אביו בלבד ומתנה זו היא מתנת שכ"מ שהיא קיימת באמירה בלבד".

בפירוש המשנה ביבמות⁴⁷ כותב "מה שאמר רבי יוסי מפני חלקו של עובר, כלומר שאם הניח הנפטר כמה בנינים מאשתו בת ישראל והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה, לפי שהם בין כלל האחים בירושה, ועובר במעי זרה זר הוא, לפיכך מחמת חלק העובר לא יאכלו עבדים בתרומה... אבל חכמים סוברים כיון שיש לו בנינים יאכלו עבדיה בתרומה ואע"פ שהיא מעוברת, לפי שכלל הוא אין קנין לעובר. והלכה כחכמים". ומשמע מדבריו שכשאינו עוד אחים מודים חכמים שהעובר יורש ואינו מאכיל. וכן מבואר בפירושו לנידה⁴⁸, "ואמרו ופוסל מן התרומה... הכוונה בזה שהוא פוסל עבדי אביו מלאכול בתרומה. המשל בזה, כגון שהיה כהן שיש לו שתי נשים האחת כשרה לכהונה ויש לו ממנה בנינים והשניה פסולה לכהונה ויש לו ממנה ולד בן יום אחד והוא חלל, ומת אותו הכהן ויש לו עבדים וזכה חלל זה לירשם עם אחיו הכשרים, לפיכך נפסלו העבדים מלאכול בתרומה מחמת חלקו של חלל שאינו מאכיל. כל זה מפני שהוא בן יום אחד, אבל אלו היה עובר היה מותר לעבדים לאכול מחמת הבנים הכשרים עד שיוולד החלל הזה, לפי שהכלל שהוא למעשה אין קנין לעובר". ומדבריו כאן ג"כ מבואר שהוא מקבל את הסברו של רב ששת בנידה ואינו תולה את זה בדעת רב ששת שיש זכייה לעובר כמו שעשו הרמב"ן והרא"ש וש"ר שם, שהרי פסק שאין זכייה לעובר.

עפ"י לא נוכל ליישב את שיטת הרמב"ם כפי שיישבו את שיטת הרמב"ן מהשגת הרא"ש, שרואים מרב ששת שגם חכמים מודים שיש זכייה לעובר כשהוא לבדו, ובארנו שהרמב"ן מסביר שרב ששת לשיטתו ונדחה מההלכה ובאמת אין ירושה לעובר כלל מכיון שאין לו זכייה כלל, שהרי הוא נוקט כפירושו של רב ששת בדעת חכמים ולא רואה בזה סתירה לדין של אין זכייה לעובר.

⁴⁵ הקוב"ש בב"ב מעיר שעפ"י ישנה סתירה ברא"ש שפסק כאן כר"נ ובבכורות לכאוי קיבל את ר"ת שעובר הוא דשלבל"ע.

⁴⁶ פרק ט' משנה א'

⁴⁷ פרק ז' משנה ב'

⁴⁸ פרק ה' משנה ג'

ב. שיטת הרי"ף כשיטת הרמב"ם בפירוש המשנה.

ונראה שאף הרי"ף מודה בזכייה זו של ירושה כשאין אחים שהרי כתב את האוקימתא של רב ששת בנידה וכן את שני הדינים של רבא בב"ב לגבי ירושת עובר שאין לה השלכות לגבי דיני בכורה. ודלא כמו הרשב"ם שפירש שדינים אלו נאמרו ע"י רבא על פי השיטה שעובר זוכה, ואף הרמב"ם פסק כמו הרי"ף בהלכות נחלות.

ג. שיטת הרמב"ם במשנה תורה.

הרמב"ם פוסק בהלכות מכירה⁴⁹ 'כשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כך אינו מקנה למי שלא בא לעולם. ואפילו עובר ה"ה כמי שלא בא לעולם והמזכה לעובר לא קנה. ואם היה בנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו קנה". ומשמע מדבריו שאף בבריא מועיל^{50, 51}. הרמב"ם בהלכות תרומות⁵² כותב 'בת ישראל שנשאת לכהן ומת והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה בשביל העובר. שהילוד הוא שמאכיל ושאינו ילוד אינו מאכיל. לפיכך אם היה העובר חלל אינו פוסל העבדים אלא אוכלין בגלל אחיו הכשרים עד שיוולד זה החלל ויאסרו העבדים מלאכול'. נראה שהרמב"ם הוסיף במקרה השני מציאות של אחים שלא היו במקרה הראשון ומשמע שאין העבדים אוכלים לולא היו אחים שיאכילום וכאוקימתת רב ששת וכפי שהביאו הרמב"ם בפיה"מ והרי"ף.

והראב"ד במקום כותב 'א"א מאי לפיכך ואם אינו מאכיל אפי' הכי פוסל דקיי"ל עובר אית ליה זכייה ואפילו במתנת אביו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו וכ"ש בירושה הבאה מאליה הילכך העבדים אינם אוכלים מפני חלקו של חלל'. כלומר הוא מעיר על הלשון של הרמב"ם, שתולה את זה שהעובר אינו פוסל בכך שאינו מאכיל, שאין זה מוכרח ואפשר לומר ש"אינו מאכיל" הוא חלק ממערכת דיני התרומה שצריך להיות ילוד ע"מ להאכיל ואף אם העובר הוא הבעלים אינו יכול להאכיל, אבל בשביל לפסול די בכך שיהיו העבדים שייכים לאדם שאינו כהן. ומוסיף השגה שניה שכיון שהרמב"ם פוסק שיש לעובר שהוא בנו זכייה, כ"ש בירושה הבאה מאליה תהיה לו זכייה ובדומה להשגתו על הרי"ף. וכאן א"א לומר את תירוצו של הרמב"ן שבזכייה לבנו מדובר דוקא בשכ"מ שהרי הרמב"ם במשנה תורה לא חילק בין בריא לשכ"מ⁵³.

[הרא"ש⁵⁴ כותב 'אבל בירושה הבאה מאליה פסק הרמב"ם דהלכה כרבי יוסי'. הבי"י תמה עליו והבי"ח הגיה בדבריו 'ריב"ם' שהתוסי' בב"ב הביאו בשמו שפוסק כר"י].

⁴⁹ פרק כ"ב הלכות י"א'

⁵⁰ ודלא כפי שכתב בפירוש המשנה בב"ב. אמנם בהלכות זכייה פרק ח' הלכות ה' ו' פסק הרמב"ם לכאורה דין זה רק לגבי שכ"מ והמיי"ם שם באר שזו שיטת הרמב"ם ובניגוד למה שכתב המ"מ עצמו בהלכות מכירה שדעת הרמב"ם שהלכה זו נאמרה גם בבריא וצ"ע.

⁵¹ עפ"י שיטת הרמב"ם שבעובר לא שייכת זכייה נראה שההקנאה לעובר תועיל רק משעת ביאתו לעולם. אף שלא חילק בכך אפילו ברמו ופשטות לשונו משמע שזוכה בעובר מיד וצ"ע, ובמיוחד לשונו בהלכות זכייה הנ"ל שכתב 'זוכה העובר'.

⁵² פרק ח' הלכה ד'

⁵³ וכבר הזכרנו שיש אפשרות שהרמב"ם חילק בין שכ"מ לבריא, וכך טען המ"מ בהלכות זכייה.

⁵⁴ בי"ב סי' ו', הבי"י והבי"ח בס"י ר"י.

אמנם עיקר דבריו של הרמב"ם שלכל הדעות אין לעובר זכייה כלל וגם בנו אינו זוכה לפני לידתו כבירושה, ושלא כפי שהבין הראב"ד שרבי יוחנן שעובר זוכה כשהוא בנו היינו בעודו עובר, ניתן להיאמר גם בדעת הרמב"ם כאן, אלא שעדיין נותרה שאלת הירושה לעובר ללא אחים בעינה, דהיינו מדוע הוא נחשב כירש גם ללא כח זכייה. וכן לשון הרמב"ם עדיין אינה מיושבת.

ד. באור הגר"ח ברמב"ם

בענין זה מאיר את עינינו הגר"ח בחידושו על הרמב"ם, שיתכן שהעובר יחשב כירש גם אם לגבי דיני זכייה הוא כמי שלא בא לעולם ואינו יכול להיות בעלים על ממון. ונבאר את דבריו, כיון שבעת שנופלת הירושה לפני היורשים אף העובר העתיד להיוולד הוא בעל זכות לירש, והתורה חידשה שהבנים היורשים נחשבים בעלי העבדים, והעבדים הם קנין כספם ואוכלים בתרומה כיון שעד חלוקת הממון בין היורשים הם כשותפים, וכיון שלעובר אין זכייה ממונית אף לא לגבי דיני תרומה, כפי שאמרה תורה ילוד מאכיל שאינו ילוד אינו מאכיל, דהיינו שאינו נחשב כאחד השותפים. וממילא אם הוא חלל אין זה משפיע על האכלת העבדים כיון שאין הוא חלק מהשותפות עכשיו אלא מצטרף לשותפות זו רק לאחר לידתו.

וזוהי כוונת הרמב"ם בסדר דבריו, מנין לנו שאין להחשיבו כשותף? מהדין הראשון שכשהעובר הוא היורש היחיד אין בכוחו להאכיל את העבדים כיון שאינו זוכה בהם והיה מקום לומר שלמרות שאינו זוכה בעבדים עפ"י דיני הקניינים, כיון שהוא עתיד להיות יורש תהיה לו בעלות מדין ירושה אף בעודו עובר לפחות לגבי דיני תרומה, וכנגד תפיסה זו חידשה תורה, אף לדעת חכמים במקרה שהעובר הוא בן יחיד, שילוד מאכיל דהיינו אין בכח העובר ליצור בעלות של "קנין כספו" למרות שזו ירושה, כל עוד הוא לא בא לעולם מפני שירושה כפופה לדיני הקניינים הרגילים וקנין הירושה אינו מספיק לה, ולכן הוא גם אינו יכול להיות שותף ולפסול את העבדים בעת היותו עובר חלל.⁵⁵

⁵⁵ בדגל ראובן חלק ב' סימן כ"ו השיג על הגר"ח א. מהסוגיא בב"ב שאביי מיישב את הברייתא דגר שמת שמשמע שעובר זוכה בירושה דכיון שהיא באה מאליה שאני והוא לומד ששם בהכרח מדובר בזכייה ממונית שהרי העובדה ששמעו שיש לו עובר מחייבת החזקה שנייה. ויש להשיב על דבריו שעל הצד שמדובר בברייתא שהעובר הוא היורש היחיד של הגר הרי כבר בארנו בדברי הגר"ח שבמקרה כזה זכות הירושה של העובר מונעת אפשרות לזכייה ממונית של אנשים אחרים. ב. מוסיף להקשות מהברייתא הנ"ל "מדוע חייב להחזיר כששאתו של גר מעוברת הא עדיין לא נולד הולד, ועובר לא קנה בזכות ממון לשיטת הגר"ח ז"ל". וגם זה מיושב באותו אופן שכיון שיש לעובר זכות שכשכילוד יירש אין לא"א רשות לקחת את הממון, ואף שצ"ע האם בגזלת הממון הזה ישנם דיני גזל, הרי זה לכאורא מצד שבדיני גזל צריך להיות נגזל ואילו כאן ישנו מעמד של נכסים שאינו מוגדר בבעלות מיוחדת ובהמשך נדון בענין ממון יורשים לפני חלוקה לגבי דיני גזל. ג. עוד הוא מעיר מהירושלמי ביבמות שהבאנו בסעיף ב' שמקשה מהברייתא של גר שמת להוכיח שיש זכייה לעובר ורואים שהגמרא תפסה שיש לעובר זכייה ממונית, ואף שלכאורא היה יכול הדגל ראובן להוכיח אותו דבר מהסוגיא בב"ב שרב ששת הוכיח ג"כ שיש זכייה לעובר מאותה ברייתא ולא היה צריך להרחיק עדותו לירושלמי, נראה שרצה להסתמך על תירוץ הירושלמי "בנו שאני" שמשמע מדבריו שיש זכייה מפני שזה מקרה מיוחד. אלא שלכאורא א"א להבין את התירוץ כפשוטו כיון שלא מדובר במתנה כפי שמדובר בבבלי וכן בירו' לפני כן, וכבר הבאנו ממפרשי הירו' שדחקו שבנו שאני הוא כדברי אביי שירושה שאני ובוזה אנו חוזרים לקושייתו הראשונה,

ורבי יוסי סבר שהכוח שלו לירש נותן לו זכות גם בין אחים שכבר קיימים ולכן הוא פוסל את העבדים מלאכול בתרומה במקרה שהוא חלל. ויתכן שהוא סובר שקניין הירושה הוא קניין גמור ועובר שייך בקניין זה דלא כשאר הקניינים.

ועפ"י גם נוכל להבין את עמדת חכמים עפ"י שמואל שהרחיבו את שלילת בעלותו עד כדי החשבת קרובים אחרים כשותפים עד לידתו, ופשוט הוא שעד חלוקת הירושה אין לשותפים אלו זכויות ממשיות בירושה, ואין מחלוקת מהותית בין שמואל לרב ששת בדעת חכמים בענין ירושת העובר. וכפי שתמהו תוס' ביבמות⁵⁶, 'וקצת תימה דהא מסתמא מעשה ידיהם עד שיוולד הוא לעובר ולא לבני משפחה'. וכן תפס בפשטות הרשב"א⁵⁷, 'ותדע לך שאין למדין דין הירושה מדין עבדים שאוכלין בתרומה, שהרי לרבנן דקיי"ל כותייהו דאמרי שאין זכייה לעובר הא אמר יש לו בנים אוכלין בשביל בנים אין לו בנים אוכלין בשביל אחים אין לו אחים אוכלין בשביל משפחה, ולענין ירושה ודאי לא אמרי רבנן הכי שיוכלו האחים או בני משפחה ליטול הנכסים ולומר עכשיו אין זכייה לעובר ונטול את הנכסים אנו עד שיצא הוולד לאויר העולם'⁵⁸. דברי הראשונים הללו הם דלא כב"ח⁵⁹ שתפס שהפירות עד לידתו יהיו שייכים לאחים או לשאר הקרובים. וכן דלא כ"ראש יוסף"⁶⁰ שטען אף יותר מזה, שאם ימכרו האחים תחול מכירתם.

ה. הרמב"ן וסיעתו לא הפרידו בין ירושה לשאר דיני הקניינים.

אמנם הרמב"ן וש"ר שזיהו את דברי רב ששת כמתאימים לשיטתם שיש זכיה לעובר, ומי ששולל את זכיית העובר יסבור, לפי הבנתם, כשמואל ולא יוכל לקבל אפשרות של זכית העובר בירושה, כשהוא ללא אחים. וכן הראב"ד והרא"ש שמכח פסיקתם שיש ירושה לעובר כשיטת רב ששת, פסקו כרבי יוסי שיש זכייה לעובר ובארו שגם חכמים מודים לו, ובודאי אינם מקבלים את ההבחנה הזאת בין הירושה לזכייה. אמנם הגר"ח דייק בדברי הראב"ד שלא השיג על הרמב"ם שכתב שהעובר אינו מאכיל מגזירת הכתוב של ילוד מאכיל למרות שהבין שעפ"י הרמב"ם אין זכייה לעובר. שגם הראב"ד מודה לחילוק העקרוני בין ירושה לשאר קניינים. אלא שברא"ש א"א לומר את דבריו שהרי דן בדברי רב ששת בנידה והסיק מהם שבהכרח עובר זוכה, ועפ"י הרמב"ם א"א ללמוד קנין מירושה.

ו. ניסיון לביאור המחלוקת: הגדרת קנין הירושה.

ניתן לומר שחולקים בהבנת הבעלות על הירושה, שדעת הרמב"ם שיש בעלות על הירושה לפני חלוקתה והיורשים הם כשותפים, ובעלותם מכח חידוש התורה שאחרי מות המוריש הממון עובר לבעלות

וכן אם נבין שזה כפשוטו הרי שלשון זו מתפרשת קודם כתקנה מיוחדת או כגמירות דעת מיוחדת שאין ללמוד ממנה לזכיית יורש רגילה.

בספר זכרון שמואל להגר"ש רוזובסקי זצ"ל סימן לז' הקשה ג"כ מהסוגיא בב"ב וכפי שכתבנו יש ליישב את קושיותיהם שבתירוץ הגמרא ירושה שאני כיון שאינה בדיני זכייה.

⁵⁶ דף סז. ד"ה "אוכלין"

⁵⁷ בתשובות ח"ב סי' שעא'

⁵⁸ וכן דייק הרב הרש"ל זצ"ל בהערות על עליות דר"י ב"ב דף קמב הערה 61 מדברי רבינו יונה רבו של הרשב"א.

⁵⁹ בתחילת סי' רי'

⁶⁰ שהביא האור שמח על הלכות נחלות פ"א הלכה יג' בהערה.

יורשו אף ללא מעשה קנין מצידם, נמצא שהתחדשה בירושה פרשת קניינים חדשה שעובר נכלל בה, ועל כן כשבאה התורה וחידשה שילוד מאכיל ושאינו ילוד אינו מאכיל היא הפקיעה ממנו את השלכות הבעלות לגבי תרומה, אבל לא ביטלה את היותו יורש.

לעומת זאת הראשונים האחרים רואים בירושה ממון שמופקע מדיני בעלות וחלוקתו מביאה אותו לידי בעלות האחים ומה שהתורה מלמדת אותנו בפרשת הירושה, הוא, את הראויים להיות בחלוקה הזאת, וגזירת הכתוב של ילוד מאכיל מחדשת שיש בכח היורשים עוד לפני חלוקתם להאכיל, והחידוש הזה נאמר רק על אלו שנולדו כבר. אמנם לרבי יוסי יש זכייה לעובר, והוא מבחינת זכויותיו הממוניות שוה לשאר האחים, לא מסתבר שהדרשה של עובר אינו מאכיל תבוא למעט את כחו מהאכלת העבדים. וכמו"כ הדרשה אינה עוסקת ביכולתו של עובר חלל לפסול, ואם מצאנו, לשיטתם, שעובר חלל יחיד פוסל ה"ז מכח העובדה שיש זכייה לעובר.

מקור המחלוקת נמצא במשנה בבכורות⁶¹ שדנה במעמד האחים לגבי הפרשת מעשר בהמה. הרמב"ם בפירוש המשנה וכן בהלכותיו מושה דיני אחים לשותפים. ונביא את דבריו בהלכות בכורות 'הלוקח טלאים שנולדו בשנה זו או שנתנו לו במתנה הרי הם פטורים מן המעשר עד שיוולדו ברשותו, לפיכך השותפין שנשתתפו בבהמות והביא זה מאה טלאים וזה מאה טלאים וערבום ונשתתפו בהן הרי המאתים פטורים מן המעשר שכל טלה מהן כמכור, וכן האחים שירשו טלאים מאביהם הרי הן פטורין מן המעשר, אבל הנולדים להם בשותפות לאחר מכאן מאלו הבהמות בין לשותפין בין לאחים חייבין במעשר'. וכן ברמב"ם הלכות שקלים 'האחין שעדיין לא חלקו מה שהניח להם אביהם, וכן השותפים שנתנו שקל על ידי שניהם פטורין מן הקלבון'.

לעומת זאת רש"י במסכת בכורות שם גורס 'האחין שהן שותפין' ומפרש 'שחלקו בנכסי אביהן ואח"כ נשתתפו' ומבאר ש"הני אחין שחלקו וחזרו ונשתתפו דהכא הן כשאר שותפין דעלמא". ואת המצב לפני החלוקה הוא מגדיר 'כגון שלא חלקו ועדיין תפיסת בית ירושת אביהן קיימת דלא הוו כשותפות כדאמר בגמרא יכול אפי' קנו בתפיסת הבית ת"ל יהיה אלמא כאביהן דמו'. ובהמשך "דבמקום אביהן קיימי נכסי... ולא הוי כשני אנשים המצרפין שני חצאי סלעיהם לסלע שלם".

וכבר עמד על שיטת רש"י זו, המהרי"ח אור זרוע בהערה שהוסיף בסוף תשובת אביו שנדפסה בין תשובותיו⁶² "וצ"ע כי תנן בבכורות פרק מעשר בהמה⁶³ האחין השותפין קנו מתפיסת הבית חייבין ואם לאו פטורין. חלקו וחזרו ונשתתפו חייבין בקלבון ופטורין ממעשר בהמה. וסבור אני שפי' רש"י פ"ק דשחיטת חולין⁶⁴ קודם שחלקו הממון של האב. וכח האב על הממון עד שיחלקו ולכך פטורים מן הקלבון. דהוי ליה אב ששוקל על בניו שהוא פטור"^{65,66},

⁶¹ דף נו: והרמב"ם בה"ב ו', י' ובהלכות שקלים ג', ד'.

⁶² שו"ת מהרי"ח או"ז סימן קכ"א

⁶³ דף נ"ו:

⁶⁴ דף כ"ה:

⁶⁵ ויעיין בקוב"ש ב"ב שהצביע על שיטת רשב"ם שאין למכור חלק בירושה לפני חלוקה (והרבה ראשונים חולקים עליו) כחלק מהסוברים שיטה זו. ובשיעורי רבי שמואל ב"ב קכו: בשיטת הרשב"ם חילק בינו לבין שיטת רש"י שרואה בירושה לפני חלוקה המשך כח האב.

ז. שיטת הרמב"ם בקידושי עובר.

א. הסוגיא בקידושין.

במשנה⁶⁷ נאמר 'האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר ... אינה מקודשת, וכן האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה ה"ז מקודשת לי אינה מקודשת'. ויש גורסים 'אם הייתה אשת חברו מעוברת והוכר עוברה דבריו קיימין ואם ילדה נקבה מקודשת'.
הגמרא שם דנה בקניין בדשבל"ע ומביאה את דעת ראב"י שאם אמר מ"פירות ערוגה זו תלושין יהיו תרומה על פירות ערוגה זו מחוברת" וכן להיפך "לכשיביאו שלישי ויתלשו והביאו שלישי ונתלשו דבריו קיימין". ונחלקו רבה ורב יוסף האם דוקא בתבואה שקיימת קצת כשחת או אפילו לא קיימת כלל וע"ז שאלה הגמרא צמאן אזלא הא דתניא האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה מקודשת לי לא אמר כלום וא"ד חנינא לא שנו אלא שאין אשתו מעוברת אבל אשתו מעוברת דבריו קיימין" והגמרא תולה את דברי רבי חנינא בשתי הדעות האם הוכר עוברה או לא הוכר עוברה ובלישנא בתרא מסכמת הגמרא שלכל הדעות צריך שיהיה הוכר עוברה.
ובהמשך הגמרא אומר אביי שדברי ראב"י הם חלק משיטה שיש קניין בדבר שלא בא לעולם.

ב. שיטת הרמב"ם בפירוש המשנה להחמיר בקידושי עובר.

כתב הרמב"ם בפיה"מ 'זמה שמתחזק אצלי שצריך שיקדש אותה אחר שנולדה ואז מותר לבא עליה לפי שמן העיקרים בידינו אין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם. ואמנם אמרנו דבריו קיימין להחמיר שהיא נעשית כאשת איש'.

ג. שיטת הרמב"ם במשנה תורה.

הרמב"ם פוסק⁶⁸ 'האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי בזה לא אמר כלום. ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר העובר הרי זו מקודשת. ויראה לי שצריך לחזור ולקדש אותה מאביה אחר שתיוולד כדי שיכניס אותה בקידושין שאין בהן דופי'.
הראב"ד במקום מעיר 'לפי ההלכה לא נאמר הוכר עוברה מקודשת אלא לדעת ראב"י דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ולית הלכתא כוותיה'.
הר"ן⁶⁹ מציע שהרמב"ם למד בדברי אביי, שהעמיד את דברי ראב"י בשיטת התנאים שאדם מקנה דשבל"ע, שהוא חולק על רבה ורב יוסף ולא מצמצם את דברי ראב"י רק לדברים שבאו לעולם כמו הוכר עוברה או שחת ואין מחלוקת ביניהם האם הוכר עוברה הוא דבר שבא לעולם או לא, אלא האם ראב"י נפסק להלכה או שהוא סובר כשיטה שלא נפסקה.

⁶⁶ אמנם צ"ע בשיטת רש"י בנידה שם שלמד בדברי רב ששת כרמב"ם שאם העובר כשיש לו עוד אחים אינו פוסל ה"ז מכח שאין זכייה לעובר. ובלא"ה צ"ע דברי רש"י מקושיית התוס' שם שישנה סתירה בדברי רב ששת.

⁶⁷ דף סב.

⁶⁸ הלכות אישות פרק ז' הלכה טז' לגבי זמן חלות הקידושין יעוינו ברעק"א בשם המ"מ והנימוק"י שחלים בעודה מעוברת והוא חולק עליהם.
⁶⁹ קידושין דף כו : בדפי הרי"ף בראש העמוד.

ועל כך מקשה הר"ן מהסוגיא בבי"ב שהזכרנו בתחילת הדברים שלא העלתה את האפשרות שעובר ייחשב כבא לעולם כשהוכר ועיי"כ הייתה מיישבת את המשנה שילדה זכר קנה. וכן מהדיוק של הגמרא שם מהמשנה בנידה שכל עובר אינו בר קניין. ועיי"כ הוא דוחה את דעת הרמב"ם ומכריע שאף לרבה ורב יוסף הוכר עובר נחשב כדבר שלא בא לעולם ואינה מקודשת.

אמנם נראה שהרמב"ם בפי"מ בירר את שיטתו שהקידושין חלים רק משום חומרא ויתכן שהוכרח לכך כיון שגרס במשנה שאם הוכר העובר מקודשת ותפס שגם רבנן מודים לזה.

וכן מוכח מכך שלא חילק הרמב"ם בהלכות מכירה בדין המזכה לעובר בין הוכר עובר ללא הוכר. וכן מכך שלא חילק בדיני תרומה⁷⁰ בין שחת לשלבים שלפני כן בתבואה, אלא פסק שכל התבואה המחוברת היא דבר שלא בא לעולם ואינה תרומה.

יש אמנם שמדייקים מדברי הרמב"ם שהקידושין הם קידושין גמורים והחומרא היא לחזור ולקדש ולא כמו שכתב בפי"מ שהחומרא היא להתייחס לקידושין אלו כקידושין גמורים למרות שלא חלו. ויש המיישבים דבריו על דרך זו שיש בקידושין מימד של הקדש שיתכן והוא חל גם על דשלבלי"ע וצ"ע לשיטה זו מדוע דוקא הוכר העובר וכן הסתירה לפיה"מ.⁷¹

ח. הקדש בעוברים

א. מהסוגיות בתמורה עולה שניתן להקדיש עובר.

בתמורה⁷² "אתמר בר פדא אמר איו קדושה חלה על עוברין ורבי יוחנן אמר קדושה חלה על עוברין". והגמרא מאריכה בראיות לשני הצדדים וביניהם מביאה את המשנה בראש פרק חמישי שאומרת "כיצד מערימין על הבכור, מבכרת שהייתה מעוברת אומר מה שבמעיה של זו אם זכר - עולה, ילדה זכר - יקרב עולה. ואם נקבה זבחי שלמים, ילדה נקבה - תקרב שלמים. אם זכר עולה ואם נקבה זבחי שלמים, ילדה זכר ונקבה - הזכר יקרב עולה, והנקבה תקרב שלמים". והגמרא מבארת שגם לבר פדא כשמקדיש דבר שיכול להיות קדוש קדוה"ג בעודו עובר מועילה ההקדשה בשביל שתחול קדושת דמים. עולה מסוגיות אלה שיש אפשרות להקדיש עובר.

ב. מהסוגיא בנדריים עולה שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם.

הגמרא בנדריים⁷³ מקשה על שמואל שבמקום אחד לענין קונם פוסק לכאורה שניתן להקדיש דבר שלא בא לעולם, שאישה אוסרת מעשה ידיה שתעשה בעתיד ובמקום אחר פוסק שהמקדיש מעשה ידי אשתו אין ההקדש חל כיון שלא בא לעולם. הגמרא מתרצת שגם בקונם מדובר שאשתו אמרה יקדשו ידי לעושיהן ואין זה דבר לא בא לעולם. ולאחר מכן דנה הגמרא כיצד האשה מפקיעה את השעבוד של ידיה לבעלה ומתרצת ששאני קונמות דכקדושת הגוף דמי והקדש מפקיע שעבוד.

⁷⁰ הלכות תרומות פרק ה' הלכה ט'

⁷¹ בעניין זה יעויין בפנ"י קידו' שם, ב"מ אה"ע מ', ח', אגרו"מ אה"ע א', פא' ובשב"י ג', קיח'.

⁷² דף נ. והמשנה בדף כד :

⁷³ דף פה. סוגיא מקבילה נמצאת בכתובות נט

ג. סתירה ברמב"ם בענין זה.

הרמב"ם בהלכות מכירה⁷⁴ פוסק "ודין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית או יהיה אסור עלי או אתננו לצדקה אע"פ שאינו מתקדש בעולם ה"ז חייב לקיים דברו שני ככל היוצא מפיו יעשה" וכן בהלכות ערכין "אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם כיצד מה שתעלה מצודתי מן הים קדש, מה שתוציא שדה זו מן הפירות חרם, לא אמר כלום". ושם "יראה לי שאע"פ שאין אדם מקדיש דשבל"ע, אם אמר הרי עלי להקדישו ה"ז חייב להקדישו כשיבא לעולם משום נדר. ואם לא הקדיש ה"ז עובר משום לא תאחר" וכו', ובהמשך "יראה לדבר זה מה שאמר יעקב אבינו וכל אשר נתן לי עשר אעשרנו לך ונאמר אשר נדרת לי שם נדר". בלי להיכנס להשוואת דברי הרמב"ם בשני מקומות אלו בדקדוק, עולה מדבריו שאין להקדיש דבר שלא בא לעולם.

אמנם הרמב"ם בהלכות מעשה הקרבנות⁷⁵ פסק 'היתה לו בהמה מעוברת ואמר אם ילדה זכר ה"ה עולה ואם נקבה זבחי שלמים ילדה זכר יקרב עולה נקבה תקרב זבחי שלמים" וכו', דהיינו חל הקדש על עובר שנמצא בבהמה עכשיו והרמב"ם סובר שעובר הוא דבר שלא בא לעולם כפי שראינו קודם. וכן הרמב"ם פסק בהלכות נדרים "אמרה יקדשו ידי לעושיהן או שנדרה שלא יהנה במעשה ידיה אינו נאסר במעשה ידיה מפני שידיה משועבדין לו". הר"ן בכתובות⁷⁶ הקשה על הרמב"ם שנדר על מעשה ידיה הוא נדר על דבר שלא בא לעולם ובסוגיא שהבאנו לעיל משמע שאינו מועיל. ובאר הבי"י שהרמב"ם למד בסוגיא בנדרים שהבאנו לעיל שהתירוץ של "קונמות שאני" בא לבאר מדוע אין את החיסרון של דבר שלא בא לעולם. נמצא שאין בהקדשות חיסרון דשבל"ע. והלח"מ, מכח הבנה זו ברמב"ם אף מקשה שברמב"ם שהבאנו קודם משמע שדוקא בבהמה מעוברת מועיל הקדש ולא לפני כן.

ד. תירוץ הבי"י ודין האחרונים בדבריו.

הבי"י שם מחדש שרק בקדושת דמים אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם וזה מדויק בלשון הרמב"ם בהלכות מכירה שכתב הקדש בדק הבית כפי שהדגשנו קודם בדבריו.⁷⁷ בשעתו מקשה על השיטה הזאת מכך שהגמרא בתמורה חשבה להעמיד את המשנה של בהמה המבכרת אליבא דבר פדא, בקדושת דמים ואיך חלה קדושת דמים על עובר שלא בא לעולם. ומתרץ שבקדושת דמים הוא מקדיש את היתרון שהבהמה הזו שוה יותר בדמיה מפני העובר שבה, ויש מי שרצה לחלק בין קדושת לבה"ב⁷⁸.

⁷⁴ פרק כ"ב הלכה ט"ו ובהלכות ערכין פרק ו' הלכות כ"ו, לאי ולג' .

⁷⁵ פרק ט"ו הלכה ח' ובהלכות נדרים י"ב, י'.

⁷⁶ כד. ד"ה "ופרכינן" והבי"י הל' נדרים רלד', ע"א.

⁷⁷ ב"שער המלך הלכות נדרים פרק י"ב הלכה י' ד"ה "ועל מה" מציינן לתוס' בקידושין ורש"י במהדורה קמא בכתובות שהביא השיטמ"ק שם שסוברים כרמב"ם לענין קונמות. ומיישב את קושיית הלח"מ, מהרמב"ם בהלכות מעשה הקרבנות שנקט מעוברת, ומקורו הוא לשון המשנה עצמה שנקטה בהמה מעוברת, בשתי דרכים א. אורחא דמילתא נקט ב. פרה שאינה מעוברת אינה עבידי דאתו שהוא תנאי הנצרך גם לדעת ר"מ.

⁷⁸ בית מאיר על אה"ע סי' מ' סעי' ח'.

וגם את הרמב"ם בהלכות נדרים הוא מציע ליישב לא מטעם הבי"י שקדוה"ג שאני שחלה על דשלבלי"ע, אלא מטעם שבקדוה"ג כוונתו להקדיש את גוף הידים ובסו"ד רוצה לומר ע"פ התויו"ט שכיון שהזכיר את הידים נעשה כאומר יקדשו ידי לעושיהן.

ועי"פ דבריו נפל יסודו של הבי"י. אמנם נראה שאף אם ניישב אליבא דבר פדא שכוונתו להקדיש את היתרון שבבהמה לא נוכל לומר זאת לדעת רבי יוחנן שמעמיד בקדושת הגוף והגמרא מבארת שהוא סובר שעובר לאו ירך אמו ויש לעובר קדושה עצמית ולא כחלק מהבהמה וכנראה שהסיבה לכך הוא דברי הבי"י הנ"ל.

אמנם השי"ך⁷⁹ דחה את דברי הבי"י וכן החזו"א מקשה על הבי"י ומביא גם את הגרע"א שדוחה את דבריו וכן נקט הגרש"ש ושניהם מוכיחים זאת גם מכך שקידושין ותרומה אינם חלים בדשלבלי"ע. ולעומתם הגר"א במקום נקט כדברי הבי"י ואף הביא ראיה לדבריו שרשב"ג מקבל את המשנה למרות שהוא סובר שאין קניו בדשלבלי"ע.

עולה מהדברים שמהמשנה בתמורה וכן מהסוגיא שם אין הוכחה שעובר הוא דבר שבא לעולם, והקדושה חלה או מצד דהוי דשלבלי"ע או מצד שהעובר הוא חלק מהבהמה וצ"ע לשיטה זו ביאור דברי ריו"ח.

ט. סיכום

א. שיטות הראשונים

ראינו בדין מכירת עובר ששיטת ר"ת שלא ניתן למכור ולכאורה הרא"ש ור"י הכריעו כדבריו אלא שיש סתירות בדבריהם שהאו"ז הביא בשם ר"י שניתן למכור (ואולי אלה ר"י שונים או שיש ט"ס בדבריו). וברא"ש בב"ב מוכח שעובר הוא דשלבלי"ע שפסק כר"י שמועיל לכשתלד ומשמע מדבריו שלר"י עובר הוא דשלבלי"ע והזכרנו הערה זו בשם הקוב"ש שם לעומתם דעת רשב"ם בדעת ר"י שעובר הוא דבר שבא לעולם והגהות אשר"י למד שזו גם שיטתו להלכה.

בדעת הרמב"ם יש מקורות סותרים וראינו שיש אפשרויות לתפוס את דבריו לגבי ירושה, קידושין, הקדש ושחרור, לעיקר שעובר בא לעולם וניתן גם לחלק בינם לבין דיני קנין שם משמע שעובר לא בא לעולם, ונטינו לפרש כך, וכבר נחלקו בזה גדולי האחרונים, והחת"ס הכריע שלרמב"ם עובר הוא דבר שבא לעולם⁸⁰. וכן נקט הקצוה"ח.

החת"ס שם הביא את דעת מהר"ם בר ברוך ואת האו"ז שעובר הוי דבר שבא לעולם.

ב. שיטת הפוסקים.

בשו"ע אה"ע⁸¹ הביא את דעת הרמב"ם כ"א ולא הכריע.

בהלכות בכורות פוסק השו"ע שאין הקנין חל על העובר ללא האם.

בהלכות מו"מ פסק ג"כ השו"ע כלשון הרמב"ם שהקנין לא חל על העובר.

⁷⁹ נקוה"כ סי' רלד' על הטי"ז ס"ק נט', החזו"א אה"ע ע"א, ה' והגרש"ש קידו' יג' ושעי"י ה', כ'.

⁸⁰ שו"ת חיו"ד סי' שיב'.

⁸¹ אה"ע מ', ח' השו"ע ביו"ד שכ', ו' ובחו"מ רט', ד'.

ולגבי הפרות, הוסיף שם הרמ"א, שאם חנטו הפרות מקרי בא לעולם, ולא כתב כן לגבי הוכר העובר למרות שהיה מתבקש שישווה ביניהם כפי שהשוותה הגמ' בקידו'.
הסמ"ע במקום חילק בין עובר שאינו בעין, לפירות שנראים לעינינו והסכים עמו הקצוה"ח והוסיף להוכיח זאת משיטות הראשונים שהזכרנו שלא מועילה מכירה לעובר, ובקידו' מדובר לגבי תרומה שהפירות עדיין אינם ראויים להפרשה.
הנה"מ שם חילק בין מכירת העובר כפי שהוא עכשיו שתועיל המכירה כמכירת אחד מאברי הבהמה למכירת העובר לכשיוולד שהיא מדין דשלבלי"ע ועפ"י שיטתו באר את הראשונים בבכורות שדיברו כשהמכירה היא על חלק בולד בלבד דהיינו רק אחרי שיוולד. והוכיח דבריו מהסוגיא בגיטין של שחרור עובר, וכבר הערנו לדברי הראב"ד שם שאם עובר לאו ירך אמו א"א לשחרר עובר אף אם ברצונו לשחררו עכשיו ולכאורה דלא כדברי הנה"מ, וכן פשטות דברי הראשונים בבכורות. ויתכן שהם פוסקים שעובר לאו ירך אמו או שהם סוברים כסמ"ע שעובר הוא מכוסה ולכן לא בא לעולם ואין קשר לשאלת עובר ירך אמו. ויתכן שגם הראב"ד יסבור כך, ומה שבגמרא מועיל שחרור עובר אם עובר ירך אמו, נובע מכך שהוא משחרר חלק מהאם לצורך העובר וזה תלוי בכך שעובר ירך אמו, דאז כוונתו לשחרר חלק מהאם לצרכו אבל אין אפשרות להעביר בעלות על העובר לבדו כלל בגלל כיסויו.