

הרב מרדכי הלפרין

מעמד הלכתי של הנולד מהזרעה מלאכותית לאחר מות אביו לענין יבום, ירושה, יוחסין ואיסורי קרובים

ראשי פרקים:

- א. מבוא
- ב. יחוסו של הנולד מהזרעה מלאכותית בחיי אביו
- ג. שלשה מצבים לענין יבום
- ד. המצב הראשון - הריון שנקלט בחיי האב
- ה. המצב השני - הריון טבעי שנקלט לאחר מיתה
- ו. המצב השלישי - הריון מהזרעה לאחר מיתה
- ז. מי קודם לירושה - היבם או הבן הנמל"מ?
- ח. סיכום

פרק א. מבוא

א] בסוף שנת תשס"א הועלתה בכלי התקשורת הצעה להקים בנק זרע עבור המתגייסים לצה"ל, כדי שיאפשר, בין היתר, הולדת צאצאים לנופלים שבהיותם בחיים לא הביאו ילדים לעולם. העלאת ההצעה נבעה, כנראה, משיקולי פירסום של אירגון בעל מטרה מוצהרת לקיעקוע מוסד המשפחה המסורתי. המציע התעלם מבעיות חברתיות קשות שהצעתו עלולה להביא לעולם, כמו גם מפגיעה מוראלית קשה במתגייסים צעירים שייחשפו למשמעות המפחידה של רעיונות מסוג זה.

ב] ברור, איפוא, שאין מקום להצעה כזו בישראל. אולם עקב האפשרות הקיימת היום לבצע הליכים דומים במסגרת פרטית, אפשרות הממומשת על ידי בודדים שאינם שואלים את "דבר ה' - זו הלכה"¹, יש מקום לדון במעמד ההלכתי של מי שנולד מהזרעה לאחר מיתה².

מדובר בנושאים הלכתיים כבדים שאינם מסורים אלא לפוסקים המובהקים שבדור, כעין מש"כ בנודע ביהודה מה"ת, יו"ד סי' פת. לכן יש להתייחס לפרקים הבאים לא כפסיקת הלכה אלא אך ורק כדיון לפני חכמים בקרקע.

1. שבת קלח, ב; כריתות יג, ב.

2. הנמל"מ - הנולד מהזרעה לאחר מיתה.

פרק ב. יחוסו של הנולד מהזרעה מלאכותית בחיי אביו

ג] ידועה מחלוקת הפוסקים אם הנולד מעיבור באמבטיה מזרע פסול, או משכיבה על סדין עם שכ"ז של פסול, מתייחס אחרי אביו הביולוגי ונפסל אף הוא, או שאינו מתייחס אחרי אביו, וכשר אפילו לכהונה, וכמו שרצה להוכיח הג"ר שאול ישראלי³ בגלל קושיית הטורי אבן⁴ מסוגית חגיגה (טו, א) על סוגית יבמות (י, א-ב), ובגלל קושיית הדברי-מלכאל בסוגית יבמות (צז, ב). וכן האריך להוכיח הגרמ"מ כשר בתורה שלמה⁵.

ד] אמנם כבר כתב ר' יהונתן אייבשיץ בספרו בני אהובה⁶ שאפילו בנתעברה באמבטי "באמת אם ממנו לבד נתעברה - פשיטא דבנו הוא לכל דבר. אך מי יכול לברר זה, ולא נתנה תורה למלאכי השרת", ולכן לא החשיב את הנולד מעיבור באמבטי כבנו עקב הספק מי האב. מדבריו נובע שבהזרעה מלאכותית כשירוע בוודאות זרע של מי הוזרק לאישה, "פשיטא דבנו הוא לכל דבר"⁷. ואף שהחיד"א בברכי יוסף הסתפק בדבר, כתב להלכה ביביע אומר⁸ "העיקר בזה כדעת האחרונים החלקת מחוקק והבית שמואל והמשנה למלך ומהר"י זיין שהוכיחו מזה דחשיב בנו לגמרי. וכן דעת הטורי אבן הנ"ל. וכ"פ בשו"ת בית יעקב. ויתד היא שלא תימוט." ובנ"ד, שהוצאת הזרע נעשתה לשם הזרעה ולא להפקרה, רבו הפוסקים המחשיבים את הנולד כבנו לכל דבר. כן כתב הגר"י וויינברג בשרידי אש⁹, וכן פסקו הגר"מ פיינשטיין¹⁰, הגרש"ז אויערבאך¹¹, המנחת יצחק¹² והציץ אליעזר¹³, שבכה"ג לכו"ע הוולד מתייחס אחרי נותן הזרע, וכמו שכתב בפשיטות בבני אהובה שם.

פרק ג. שלשה מצבים לעניין ייבום

ה] כאמור לעיל¹⁴ הכרעת הפוסקים היא שהנולד מהזרעה מלאכותית מתייחס לאביו הביולוגי כבן לכל דבר. אעפ"כ יש מקום לדון אם הדין כן גם במי שנולד מהזרעה מלאכותית שנעשתה לאחר מיתת אביו הביולוגי.

3. הרב שאול ישראלי, אבהות בהזרעה שלא כדרכה, קובץ תורה שבעל פה לב (תשנ"ב) עמ' מא-מו.
4. טורי אבן חגיגה דף טו.
5. תורה שלמה, כרך יז, במילואים סי' ד, אות טז.
6. בני אהובה, הלכות אישות פרק טו הל' ו.
7. וצידד לומר שאישה שהזרעה מפסול לה בלא בעילה, אינה נפסלת לכהונה כשם שאינה נאסרת לבעלה, עיי"ש.
8. יביע אומר, חלק ב, אבן העזר סי' א, אות (ג).
9. שרידי אש חלק ג סי' ה.
10. אגרות משה, אבן העזר (א) סי' י, וסי' עא.
11. נועם כרך א, עמ' קנג-קנו; נשמת אברהם, כרך ד, חלק אבן העזר, סי' א ס"ק ב (עמ' קפ).
12. מנחת יצחק ח"א סי' נ.
13. ציץ אליעזר ח"ג ס' כז פרק ג.
14. פרק ב' אות ד].

ראשית הדיון הוא לעניין יבום. מצות יבום קיימת אם התקיימו התנאים הבאים: "ישבו אחים יחדיו, ומת אחד מהם, ובן אין לו"¹⁵. במצב כזה מצוּנה האח החי לייבם את אשת אחיו המת¹⁶ - היבמה. אם לא יחפוץ לייבם – על האח החי לחלוץ לה, ועד החליצה אסורה היבמה לשוק.

ו] הרגע הקובע למצות יבום הוא רגע מיתת האח. אם יש לו בן באותה שעה, אזי לא קיימת מצות יבום, האלמנה אסורה על אחי המת באיסור כרת של אשת אח, והיא מותרת לשוק להינשא לכל אדם. גם אם ימות הבן היתום לאחר זמן, ארוך או קצר - לא ישתנה המצב ולא תחול חובת יבום, למרות העדר זרע לאח המת, כמבואר בגמרא משום ש"עשו מתים כחיים" לעניין יבום, שנאמר "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום"¹⁷. לעומת זאת אם בשעת מיתת האח לא היה לו זרע, אך נולד זרעו לאחר מיתה – יש להבדיל בין שלשה מצבים:

המצב הראשון: בעת מותו היתה היבמה בהריון, וכתוצאה מאותו הריון נולד הצאצא.

המצב השני: בעת מותו עדיין לא היתה היבמה בהריון, אלא שהיה בתוך גופה זרע בעלה שטרם נקלט לפני שעת המיתה, אך נקלט לאחר מיתה¹⁸.

המצב השלישי: בעת מותו לא היתה היבמה בהריון, לא היה בגופה זרע בעלה, אלא שזרע בעלה נשמר קפוא במקום אחר, ולאחר מיתה הופשר זרע המת, הוזרק לתוך גופה של אישה¹⁹, נקלט, ולאחר זמן נולד צאצא מזרע המת.

15. דברים כה, ה.

16. למרות איסור כרת של אשת אח, הקיים בדרך כלל שלא במקום יבום.

17. יבמות פז, א-ב, וברש"י שם ד"ה דרכיה דרכי נועם: "וזו שהיה לה בן ולא נזקקה ליבם וניסת לשוק ומת בנה, אם תאמר תחלוץ – הרי היא מתגנה על בעלה. הלכך על כרחך 'בן אין לו' בשעת מיתה קאמר, והרי יש לו".

18. תוך שלשה ימים ממועד התשמיש, ראה מקואות פ"ח מ"ג, ובגמרא שבת פ"ב "זו דברי ר' ישמעאל ור"ע, אבל חכמים אומרים" וכו', ובהגהות הגר"א שם את גירסת הגאונים, וברמב"ם, הלכות שאר אבות הטומאות פ"ה הל' י"א. ולענייננו ראה נדה דף לח, א בגמ': "והא אמר שמואל: אין אשה מתעברת ויולדת אלא למאתים ושבעים ואחד יום, או למאתים ושבעים ושנים יום, או למאתים ושבעים ושלשה", וברש"י שם, ובגליון הש"ס בשם הירושלמי פרק החולץ (יבמות פ"ד הי"א) שהוסיף "או לרע"ד", ואכמ"ל.

19. בין אם אישה זו היא היבמה ובין אם היא אישה אחרת.

פרק ד. המצב הראשון - הריון שנקלט בחיי האב

[ז] במצב הראשון, בו אשת המת היתה בהריון בשעת מיתתו, דין ייבום תלוי ועומד עד שיתברר אם ינלד וילד חי או שיוולד נפל²⁰. אם יולד וילד חי, יתברר למפרע שלא חלה חובת ייבום בזמן מיתת האב, ואם יולד נפל יתברר למפרע שחלה חובת ייבום בזמן מיתת האב.

פרק ה. המצב השני - הריון טבעי שנקלט לאחר מיתה

[ח] במצב השני, בו אשת המת עדיין לא היתה בהריון בשעת מותו, אלא שהיה בתוך גופה זרע בעלה אשר נקלט רק לאחר מיתה וממנו נולד אחר כך הצאצא, דן הנודע ביהודה²¹, וחידש שבמצב כזה חלה חובת ייבום והיא איננה מתבטלת גם אחרי לידת הבן, למרות שהבן הזה נחשב כבנו של המת לכל דבר. הנוב"י הביא את קושיית הרב הישיש אב"ד טרטקוב: בהא דקיי"ל דימי הבחנה גם לענין יבום הם צ' יום מיום המיתה ומיד מותרת להתייבם, דלמא לא נקלט הזרע עד יום ג', וא"כ ביום צ"א עדיין לא שלמו ג' חודשים שלמים מזמן עיבורה ולכן טרם הוכר עובריה. ואם כן איך מותרת להתייבם? הרי אם היא מעוברת מבעלה המת נמצא פוגע באיסור אשת אב, והיה לו להמתין צ"ג יום כדי לצאת מספק אשת אב!

וחידש הנודע ביהודה שיש להבדיל בין מצב בו הניח המת את אשתו מעוברת, לבין הניחה ריקנית אלא שנקלט הזרע לאחר מותו. שבהניח המת את אשתו מעוברת, "מקרי [בן] יש לו. אף שעדיין לא נולד - אם נולד אח"כ מקרי למפרע יש לו בן. אבל אם בשעת מותו לא היתה אפילו מעוברת, בודאי אם היתה באותה השעה אצל הנביא ואומר שאינה מעוברת, היתה מותרת באותה השעה ליבם, ולא הוא אסרינן אותה מטעם הריון שתקבל אחר כך, אי לאו איסורא דרבנן שאסרו תוך ג' [חדשים].

ואם כן אני אומר: אשה שלא קלטה הזרע קודם מיתה בעלה, אף שקלטה אחר מותו ובנו הוא לכל דבר, מכל מקום לענין יבום כבר קרינן בה 'ובן אין לו' בשעת מיתה, ובת יבום היא. ואם כן שפיר היבמה מתייבמת אחר מיתה בעלה ג' חודשים, דממה נפשך: אם נקלט הזרע קודם מותו - כבר הוכר עובריה. ואם לא נקלט קודם מותו, אף שנקלט אחר מותו - שפיר מתייבמת."

[ט] והנה בהגדרת מעמדו של הבן לפי חידושו של הנוב"י חלוקים רבני דורנו. הגר"ש ישראל²² הבין בשיטת הנוב"י שדין היחס משתנה לפי העניין. לענין יבום איננו נחשב לבנו. אך לשאר דברים, דהיינו ירושה, איסורי

20. יבמות, פרק רביעי, משנה א'.

21. נוב"י מהדו"ק אבן העזר סוף סי' סט.

22. הרב שאול ישראלי, אבהות בהזרעה שלא כדרכה, קובץ תורה שבעל פה לב (תשנ"ב) עמ' מא-מו.

קרובים ודיני יוחסין, נחשב כבנו לכל דבר. משום כך הקשה על דבריו, בין היתר, איך אפשר להפריד בין יחוס לעניין יבום לבין יחוס לענין נחלה.

[י] אמנם מדברי הנוב"י לא משמע שמחדש דין פלגינן בדיני יחוס, אלא כי: "אף שקלטה אחר מותו ובנו הוא לכל דבר, מכל מקום לעניין יבום כבר קרינן בה 'ובן אין לו' בשעת מיתה, ובת יבום היא". כלומר, שמבחינת דיני יחוס הרי הוא בנו לכל דבר. אלא שחובת ייבום נקבעה בשעת מיתה, ומשנקבעה חובת היבום איננה מתבטלת גם אם אח"כ נוצר זרע למת, כל עוד לא נקלט זרעו לפני מותו.

כעין זה כתב גם הגרש"ז אויערבאך לגבי הנולד מהזרעה מלאכותית שנעשתה לאחר מיתת האב, "דבשעה שמת בעלה עדיין מחוסר מעשה של הכנסת הזרע לגופה, מייד כבר חל עלי' חובת יבום, ואף שלענין ירושה שפיר נקרא יורש, היינו שדין ירושה לא תלוי דווקא בשעת מיתה ויכול שפיר לחול עליו שם יורש גם זמן רב לאחר מיתת המוריש, כמו למ"ד שאין זכיה לעובר אפילו בירושה דממילא, דאפילו הכי שפיר חייל עליו שם יורש גם לאחר מיתת האב כמבואר בריש פרק מי שמת, מה שאין כן בייבום."²³

כלומר חובת ייבום נקבעת בזמן המיתה ואיננה משתנית לפי התרחשויות עתידיות²⁴. לכן חובת יבום נקבעת בזמן המיתה אם אז אין לא זרע ולא הריון, ולידת הבן אחר כך אינה מבטלת את חובת הייבום למרות היות הבן הנולד מיוחס כבן לאביו לכל דבר, כולל לדיני ירושה.

[א] על האפשרות של קיום דין יבום כאשר היבם איננו יורש את המת, אלא בן המת הנולד לאחר מיתה, מקשה הקרן אורה²⁵: "ובלאו הכי דינו [של הנוב"י] תמוה: דהיכן מצינו יבום שלא במקום נחלה? וזה הבן יורשו ואחיו מייבם."

וקושייתו מתבססת על הכתוב בתורה²⁶ וכפי שפירשו לנו חז"ל²⁷, שהיבם יקום לנחול בנכסי אחיו המת²⁸. ולפי חידושו של הנוב"י במצב השני

23. נועם כרך א, עמ' קנה.

24. פרט למקרה הראשון בו המת הניח אשתו מעוברת, שבזמן המיתה נקבע כי דין ייבום יהיה תלוי, ויקבע למפרע לחיוב אם ייפול הוולד, ולפטור אם ייולד חי.

25. קרן אורה על יבמות, פז, א.

26. דברים כה, ו.

27. יבמות כד, א.

28. ועיי"ש בגמ' "דבכל התורה כולה אין מקרא יוצא מידי פשוטו, הכא אתאי ג"ש אפיקתיה מפשטיה לגמרי", והיינו שאת הפסוק "והיה הבכור אשר תלד יקום על שם אחיו" לא דרשינן כי הבן הנולד ליבמה יקרא על שם אחיו, אלא דרשינן שהיבם יקום לנחלה. וכאילו נכתב "והיה היבם (הקרוב כאן "בכור") אם (היבמה) ראויה ללדת - יקום ע"ש אחיו לנחלה". ובשו"ת פני אריה מהגרא"ל מברטלא (אמסטרדם תק"ן) סי' עט, הוכיח כי לפי סוד הנסתר לשון הכתוב מדוקדק תכלית הדקדוק. הובאו דבריו בשערי זהר לרבי ראובן

נמצא שהיבם מייבם, אך היורש בסופו של דבר לא יהיה היבם אלא בנו של המת מזרעו שנקלט לאחר מיתתו.

יב] אמנם קושיית הקרן אורה איננה מובנת כלל. שהרי משנה ערוכה ביבמות²⁹ דברי רבי יהודה, שאם אביהם של האח המת ושל היבם קיים, אזי האב יורש את נכסי האח המת והיבם מייבם שלא במקום נחלה! ועל כך שואלת הגמרא³⁰: "אימא: היכא דליכא אב דלשקול נחלה – תתקיים מצות יבום. היכא דאיכא אב, דלא שקיל נחלה – לא תתקיים מצות יבום!" ומשיבה הגמרא: "מידי יבום בנחלה תלה רחמנא? יבומי מיבמי. ואי איכא נחלה – שקולי. ואי לא – לא!"

הרי מפורש שעצם קיום יורש אחר הקודם ליבם (כמו אביו לדעת רבי יהודה) איננו סותר את דין הייבום. ומשמע שת"ק לא חולק על רבי יהודה בהבנה זו של הכתוב, אלא בשאלת הקדימה, אם יבם קודם לאב או אב קודם ליבם³¹. גם דברי הגמרא בפרק שני³² "יבום בנחלה תלה רחמנא" אינם נוגעים לענייננו, כמו שביאר תוס' ישנים כאן³³: "והא דאמרינן [דף יז] יבום בנחלה תלה רחמנא, ר"ל דהיכי שראוי לנחל [כגון אח מן האב] מייבם, אידך – לא. אבל אם אין נחלה [כי יש יורש קודם] משום הכי לא פקע מצות יבום".

וכן כתב גם הרשב"א בחידושו ליבמות פרק בית שמאי³⁴: "...ואע"פ שהלשון אחד - הענין מתחלף, וכמוהו בתלמוד. ובמכילתין אמרו בריש פרק כיצד: 'יבום בנחלה תלה רחמנא', ובפרק החולץ אמרי': 'מידי יבום בנחלה תלה רחמנא'. הנה שהלשון אחד והענין מתחלף. דהתם בפרק כיצד פירושו: יבום באחין הראוין לירש תלה רחמנא, ולא באחין שאינן ראוין לירש. ובפרק החולץ פירושו: שאין הדבר תלוי ביורש ממש כלומר שלא במקום אב שהוא יורש ממש, אבל במקום אב שהאב קודם לנחלה שאין היבם יורש לא יבם, קמ"ל דאין הדבר תלוי ביורש ממש."

מרגליות, על גמ' דידן. וכבר קדמו הרמב"ן בפירושו לתורה על פרשת ייבום. אחרי שהביא את דברי חז"ל שכוונת הפסוק איננה כפשוטו, הוסיף הרמב"ן: "אבל הכתוב הזה על דרך האמת - הבטחה, והרי הוא כפשוטו". והאריך יותר ברמזיו בפרשת ער ואונן, ובפירושו לספר איוב, אך לא גלה סודו. וכ"כ רבנו בחיי בפרשת ייבום: "על דרך הפשט בכתוב הזה הוא דרך הקבלה". וע"ע בשו"ת מהרלב"ח סי' ח, ואכמ"ל. ראש ישיבת שכונת ישראל הג"ד מאיר יהושע בן מאיר העירני שראוי לציין כאן גם להשגת הרמב"ן על ספר המצוות, שורש שני, ד"ו, כז., (אות א), עמ' עו במהדורת פרנקל.

29. יבמות פרק ד משנה ז.

30. יבמות מ, א.

31. וראה להלן אות יט] הסבר מחלוקת ת"ק ורבי יהודה.

32. יבמות יז, ב; כ, ב; כד, ב.

33. יבמות מ, א, תוס' ישנים ד"ה מידי יבום בנחלה תלה רחמנא.

34. חידושי הרשב"א, יבמות קח, א.

כלומר, הנפילה לייבום אמנם יוצרת דין מיוחד של יורש ליבם, ולכן יבם יכול להיות רק אח מן האב שהוא ראוי ליורשו. אך האפשרות שיהיה קיים יורש אחר, הקודם ליבם, איננה מפקיעה את דין היבום לכו"ע. יתר על כן, עצם קיום יורש אחר הקודם ליבם, איננו מבטל בהכרח את דין ה"יורש" המיוחד שנקבע ליבם. ולכן אם היורש האחר ימות, יש מקום לומר שדין ה"יורש" המיוחד של היבם יבוא אז לידי ביטוי, ויירש הוא ולא אחיו.³⁵

ויעויין עוד בקובץ שיעורים³⁶ לגרא"ב וסרמנ"ה שכתב שעל אף שטומטום יורש את אביו אם אין יורש אחר, בכל זאת אפשר שאיננו פוטר את אמו מן היבום. הרי שאף הגרא"ב וסרמנ"ה לא סבר כדעת הקרן אורה דיבום בנחלה תלה רחמנא.

יג] אולם להלכה צריך לזכור כי כל חידושו של הנוב"י מבוסס על קושייתו החזקה של הרב הישיש אב"ד טרטקוב. אכן, שערי תירוצים לא ננעלו, ורבים יישבו את הקושיא בדרכים אחרות³⁷. ביניהם ר' משולם איגרא בשו"ת רבנו משולם איגרא סוף יו"ד³⁸, החת"ס אבהע"ז ח"א סי' ה (וכתב שם עלה: "ונב"י נדחק ונלחץ במה שאי אפשר לשמוע"), שו"ת שואל ומשיב קמא³⁹, תשובה מאהבה⁴⁰, ועוד רבים. אפילו הנוב"י עצמו לא עשה מעשה על סמך חידושו הנ"ל, כפי שכתב בתשובתו שם, "אלא שלפי שדבר זה דבר חדש ולא מצינו בשום פוסק, ולכן אני אומר וכי בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה להמציא חומרא חדשה? ואף שקושיית התוס' עמדה כחומה, כל קושיא יש לה תירוץ."

משום כך נראה להלכה כדעת החולקים על הנוב"י, הסוברים שאם זרע האח המת היה כבר בגוף האישה לפני מיתתו אף שטרם נקלט, דינו כאילו כבר נקלט, כדין יבמה שהיתה בהריון בשעת מיתת בעלה. כלומר, דין ייבום תלוי ועומד עד שיתברר אם ינלד וולד חי או שיולד נפל.

וכן כתב הגרש"ז אויערבאך "שמייד כשהכניס זרעו לתוך גוף האישה ולא מחוסר עוד מעשה בידי אדם – כתחילת הריון יחשב, ואף אם הקליטה

35. אם לא יוצר אז חסרון של "ראוי", שהרי בכור ויבם אינן נוטלין בראוי כבמוחזק. כלומר, אם נסבור כדעת רש"י יבמות כד, ב, במחלוקתו עם הבה"ג והר"ח שהובאו ב**חידושי הרשב"א** שם. וראה להלן אות יח] ובהערות שם, ולהלן אות יט] ואות כג].

36. **קובץ שיעורים**, בבא בתרא, סי' תעח, בהסבר השני בדעת הרשב"ם ב"ב קמ, ב, ד"ה יורש את הכל.

37. ראה גם **נוב"י** מהד"ת אבהע"ז סי' קלז-קלח.

38. הובא ב**לקוטי הערות** (על הנוב"י, מהד' מכון ירושלים, מפעל נודע ביהודה, תשנ"ד) על הנוב"י שם, אות יח].

39. שו"ת **שואל ומשיב** קמא, ח"ג, סוס"י קמט.

40. **תשובה מאהבה** כת"י, הובא ב**לקוטי הערות** שם, אות כ].

היתה רק לאחר כמה ימים, מ"מ הולכין רק אחר שעת הביאה בין לחומרין בין לקולא⁴¹. ובהמשך דבריו כתב שה"ה בנתעברה מהזרעה בלא מעשה ביאה, עיי"ש⁴².

פרק ו. המצב השלישי - הריון מהזרעה לאחר מיתה

יד] במצב השלישי כאשר בעת מות האב לא היה הריון, וגם הזרע לא היה בגוף האישה אלא קפוא במקום אחר, נראה כי לא מתבטל דין יבום שנקבע בעת מיתת האב, אפילו אם הופשר הזרע והוזרק לאחר מיתה ונולד ממנו וולד בר קיימא.

וכבר כתב ר' יוסף צבי סופר⁴³ על הנוב"י: "ולפי"ז פשיטא⁴⁴ שאם נתעברה אשה באמבטי מזרע בעלה אחרי מותו – אינו פוטר מייבום עוד." דהיינו, שגם אם לא נקבל את דעת הנוב"י לגבי נקלט הזרע לאחר מיתה, ונסבור שנולד כזה יפטור את אימו מן היבום, עדיין יש מקום לומר שהנולד מהזרעה מלאכותית שנעשתה לאחר מיתת האב איננו פוטר מייבום.

טו] וכן כתב בפשיטות הגרש"ז⁴⁵ להלכה: "ומכל מקום נראה במי שהוציא את זרעו לתוך כלי ומת בלא בנים לפני שהכניסו את הזרע לתוך רחם האישה, דאע"ג דנתעברה אחר כך וילדה וולד של קיימא אפילו הכי חייבת ביבום, משום דאף שהוולד מתייחס אחריו והוא בנו לכל דבר, מכל מקום כיון דבשעה שמת בעלה עדיין מחוסר מעשה של הכנסת הזרע לגופה, מייד כבר חל עלי' חובת יבום, ואף שלענין ירושה שפיר נקרא יורש, היינו שדין ירושה לא תלוי דווקא בשעת מיתה ויכול שפיר לחול עליו שם יורש גם זמן רב לאחר מיתת המוריש, כמו למ"ד שאין זכיה לעובר אפילו בירושה דממילא, דאפילו הכי שפיר חייל עליו שם יורש גם לאחר מיתת האב כמבואר בריש פרק מי שמת, מה שאין כן בייבום."

טז] גם הגר"ש ישראלי כתב שבכה"ג לא מתבטל דין היבום, ואף הוכיח זאת מהגמרא סוף פרק יש מותרות⁴⁶. שם מבואר שעשו מתים כחיים לעניין יבום משום "דרכיה דרכי נועם", שאין זה דרכי נועם לחייבה בייבום וחליצה לאחר שהותרה לשוק.

41. נועם שם עמ' קנה.

42. אמנם בסוף המאמר שם בעמ' קסה, בפרק מסקנת הדברים אות ב) שם, נשאר ב"יש להסתפק" אם להחמיר מספק ולחייב חליצה כשמת תוך ג' ימים מהזרעה אשתו ונולד ממנה בן, ע"פ חידושו של הנוב"י. ואכמ"ל.

43. ליקוטי הערות על הנוב"י כאן, ס"ק יט].

44. ההדגשה שלי. מ"ה

45. הגרש"ז אויערבאך, נועם כרך א, עמ' קנה.

46. יבמות פז, א-ב.

וביאר הגר"ש ישראלי שגם אם הותרה ליבם בשעת מיתת האח, אין לאוסרה על היבם אח"כ אם נולד למת זרע מהזרעה מלאכותית לאחר מותו, "דכאן הרי יש לדרוש בכיוון הפוך"⁴⁷ את הדרשה דגמרא ד"דרכי נועם", דאין זה דרכי נועם מאחר שבשעת מות הבעל לא היה לו בן, ולא היה עומד להיות לו בן (אם לא יעשה מעשה, כנ"ל) שממילא חל עליו דין יבום, כשעברו על האשה צ' יום של הבחנה, אם איתא שאם אחר כך יעשה מעשה בזרע המוקפא, ויוכנס למעי אשה ויתפתח לולד, דאז תפקע למפרע זיקת היבום ויהיו הבנים ממזרים, והאשה תצא מהיבם כדין מיובמת בטעות. הרי ודאי דקרינן בזה 'דרכיה דרכי נועם' ואין זה דרכי נועם להוציא מהיבם ולעשות בניה ממזרים. כשם שמטעם זה עצמו מסיק בגמרא שאם במות הבעל היה בן קיים, ומכוח זה הותרה לשוק, שאם אח"כ מת הבן, אין זה דרכי נועם שתצטרך להזקק אז ליבום. ועל כן אמרינן בזה שעשו מתים כחיים (יבמות פז,ב). וכדפירש רש"י שם: ...הלכך על כרחך 'בן אין לו' בשעת מיתה קאמר, והרי יש לו. עכ"ל. וכמו כן נאמר גם בהא דניד"ד: על כרחך 'בן אין לו' בשעת מיתה קאמר, והרי אין לו."

אמנם לעניין ירושה חולק הגר"ש ישראלי ולומד שכשם שהנמל"מ⁴⁸ אינו נחשב כבנו לענין יבום (לשיטתו לעיל אות ט) כך גם לא יחשב כבנו לענין ירושה, כי "איך ניתן להפריד בין יבום לנחלה", וכן "אינו בן לשום דבר אחר, ואינו נחשב קרוב לענין שום דבר, כולל דיני עריות, דהיינו אחווה, וכל כיו"ב, כי אין לו שייכות לאב ולא למשפחתו לשום עניין. שכן דיני משפחה למדים מדיני יבום, ולא ניתן להפריד בין זה לזה."

יז] מסקנתו שאינו בן לשום דבר מבוססת על שתי הנחות:

- (א) שבכה"ג אינו נחשב כבנו לעניין ייבום, לשיטתו אות ט לעיל.
- (ב) שדיני משפחה למדים מדיני יבום, ולא ניתן להפריד בין זה לזה.

לגבי ההנחה הראשונה, כבר ראינו לעיל אות ין שאין כאן ביטול יחוס הבן לאביו לענין ייבום, אלא אי-ביטול דין יבום שנקבע בזמן המיתה לפני ההזרעה. ולכן גם אין סיבה להפקיע מהנולד הזה את דיני הירושה, וכדברי הגמרא⁴⁹: "מידי יבום בנחלה תלה רחמנא? יבומי מיבמי. ואי איכא נחלה – שקולי. ואי לא – לא!" גם ההנחה השנייה איננה מוסכמת. שכן מצינו דעה המאפשרת הפרדה בין דין יבום לדין ירושה ושאר דיני קורבה: למשל,

47. ההדגשות במקור. מ"ה.

48. הנמל"מ - הנולד מהזרעה לאחר מיתה.

49. יבמות מ,א.

הגרא"ב וסרמן הי"ד כתב⁵⁰ שעל אף שטומטום יורש את אביו אם אין יורש אחר, בכל זאת אפשר שאיננו פוטר את אמו מן היבום. ופשוט שהטומטום נחשב כבן גם לשאר דברים כגון איסורי קורבה ודיני יוחסין.

על כל פנים, עצם ראיית הגר"ש ישראלי שדין יבום איננו מתבטל גם אם היתה לידה מהזרעה לאחר מיתה, ראייה אלימתא היא⁵¹.

יח] זכינו לדין שהנוולד מהזרעה מלאכותית שנעשתה לאחר מיתת האב, איננו מבטל את דין הייבום שנקבע בשעת המיתה, אף על פי שהנמל"מ⁴⁸ נחשב כבנו של המת לכל דבר, כולל לעניין ירושה. אם כן, לפנינו מצב בו היבם והבן הנמל"מ, לשניהם יש לכאורה מעמד של יורשים, א"כ יש מקום לחקור:

(א) מי מהם קודם, הבן הנמל"מ, או היבם? שאלה זו נדונה להלן באותיות יט] – כג].

(ב) אם הבן הנמל"מ קודם ליבם {אות יט] אפשרות א} להלן}, האם תחזור ירושת האח המת אל היבם אחרי מות הבן הנמל"מ בלא בנים, או שירושה כזו נחשבת "ראוי" לגבי היבם, שאינו יורש בראוי כבמוחזק, ולכן יחלקו בה היבם ואחיו. לפי הצד האחרון, היבם מופקע לגמרי מירושת המת במקום שיש למת בן מהזרעה לאחר מיתה.

שאלה זו תלויה לכאורה במחלוקת ראשונים על דברי הגמרא⁵² "מה בכור אינו נוטל בראוי כבמוחזק, אף האי [יבם] אינו נוטל בראוי כבמוחזק". לדעת בה"ג ור"ח הובאו ברשב"א שם, היבם אינו נוטל בנכסים הראויים לאח המת בזמן מותו. ולכן גם לא יירש היבם חלק אחיו המת בנכסי אביהם שמת אחר האח. לעומת זאת, דעת רש"י (שם) שהיבם כן יורש חלק אחיו המת בנכסי אביו שמת אחריו, אך אינו נוטל חלק אחיו המת בנכסים שהם ראויים לאביהם בזמן מות האב, כגון נכסי הסב שמת אחרי האב. וכן דעת רבנו גרשום מאור הגולה בפירושו למסכת בבא בתרא (יב, ב) וז"ל: "יבם שמת אחיו בחיי אביהן, וייבם זה את אשתו, ושוב מת אביהן, דשקיל האי יבם ירושת אחיו [אביו?] שני חלקים, אחד חלק אחיו שמת וחלק של עצמו."

50. קובץ שיעורים, בבא בתרא, אות תעח, בהסבר השני בדעת הרשב"ם ב"ב קמ, ב, ד"ה יורש את הכל.

51. מה שיש להקשות ולתרוץ מדברי רש"י שם – אכמ"ל.

52. יבמות כד, ב.

בהסבר מחלוקתם כתב ראש ישיבת לייקווד, הג"ר אהרן קוטלר⁵³:
 "ובפשוטו מתפרשת המחלוקת: דרש"י מפרש בכור קריא רחמנא – כאילו הוא
 בכור אצל האב. אבל אצל האב לא חשיב כלל בכור רק כשאר יורש, ולכן יורש
 את אביו אף כשמת האב קודם, ולא איכפת לן בראוי אצל האב⁵⁴. והרשב"א
 מקשה דהלא אחיו הוא יורש ולא אביו, היינו דחשיב בכור אצל האב וממילא
 לא יטול בראוי שלו. ורש"י סובר שהוא בכור רק אצל האב, דנוטל פי שנים
 בנכסיו – חלקו וחלק אחיו – מה שאין כן אצל האב דנוטל הכל."

ובהגדרת שיטת רש"י כבר קדמו המהר"י ווייל בתשובה⁵⁵: "ואם נפשך
 לומר: מאי שנא דגבי בכור - [מלוה] הוי ראוי, ולגבי יבם - לא הוי ראוי, הא
 בכור קרייה רחמנא? יש להשיב: הא דקרייה רחמנא בכור ליבם, היינו דווקא
 בנכסי דאבא שנוטל חלק אחיו המת יותר על חלקו, בההוא חלק קרייה
 רחמנא בכור. אבל לא במאי דירית מאחיו המת גופיה. דבכור הוא נמי דאינו
 נוטל בראוי - דווקא בחלק דאית ליה יתיר על אחוהי. הכא נמי בהאי חלק
 דנוטל בנכסי אביו יתיר על אחוהי - הוא דאקיש רחמנא לבכור, ולא בההוא
 נכסים דירית מאחיו גופיה."

מכאן שלדעת בה"ג ור"ח⁵⁶ דהיבם "אחיו הוא יורש ולא אביו", נכסי
 הבן הנמל"מ, אותם יורש היבם לאחר שחוזרים לאח המת בקבר, הם נכסים
 "ראויים" ואין היבם נוטל בהם יותר מאחיו⁵⁷. אך ראה להלן סוף אות כגן.

53. הג"ר אהרן קוטלר זצ"ל, בדין ירושת יבם (מכת"י, נמסר ע"י הרב שניאור קוטלר),
 בתוך ספר **זאת ליהודה** (הוצאת בני החבורה בישיבת חברון כנסת ישראל, ירושלים
 תשל"ז) עמ' תקיט-תקלב.

54. אמנם אין כן דעת **האביעורי** מהד"ג, נחלות פ"ג ה"ז, ד"ה ונראה. לדעתו שם, אף רש"י יורה
 שלמרות שהיבם יורש חלק אחיו המת בנכסי אביו אפילו אם האב מת אחרון, משום ש"אין זה
 מדין ירושה אלא מדין 'יקום על שם אחיו' שעומד הוא במקום אחיו ואין זה ירושה ואין שייך
 כאן דין ראוי ומוחזק כל עיקר", בכל זאת היבם לא יטול בראוי (כגון מלוה דידיה) בנכסי האב
 המת. ויש לעיין בדבריו, ובשורת מהר"י ווייל סי' מא משמע כהגדרת הגר"א קוטלר, ואכמ"ל.

55. **שורת מהר"י ווייל** סי' מא.

56. אמנם שאלחנו איננה תלויה במחלוקת רש"י עם הבה"ג. שכן כל הנדון כאן הוא לפי
 אפשרות א באות יטן להלן. לפי אפשרות זו, התורה העמידה את היבם כאח עם דין קדימה
 בירושה לא רק לגבי שאר האחים אלא גם עם דין קדימה לגבי אביהם אך לא עם דין קדימה
 לגבי בנו הנמל"מ. ואם כן הרי ברור שהיבם הוא יורש של האב המת, איננו עומד במקומו,
 ולכן לא יטול בראוי לאח כבמוחזק, וראה להלן אות יטן.

57. בהשקפה ראשונה היה מקום לדמות מצב כזה למצב בו לאחר שחלקו אחים בנכסי אביהם,
 מת אחד מהם, שאין הבכור נוטל בהם פי שנים, לכאורה משום שחוזרים לאב המת בקבר,
 ואין הבכור נוטל בהם פי שנים שהרי הם "ראוי" ולא מוחזק, בדומה לנד"ד בו נפלו נכסי
 הבן הנמל"מ לאביו (האב המת) בקבר, וממנו יורשים היבם ואחיו.

אולם אין הדברים דומים כלל. שכן לדעת הבה"י חו"מ רנג, נכסי אחד מהאחים שמת אחרי
 אביו אינם חוזרים לאב המת בקבר, אלא האחים החיים יורשים אותם ישירות מהאב המת
 ולא בדרך משמוש מאביהם בקבר, משום שירושת אח היא ירושה בפני עצמה ולא
 מכוח משמוש מהאב שיורש בקבר, כדאיתא בריש פרק יש נוחלין, ו"האב קודם
 לאח דווקא כשהוא בחיים, אבל לאחר מיתה האחים קודמים" (לשון הגר"א קוטלר בספר

כאמור למעלה, כל הדין כאן הוא לצד שהבן הנמל"מ קודם ליבם. לעומת זאת, אם היבם קודם והבן הנמל"מ אינו יורש כלום במקום יבם {אות יט} אפשרות ג) להלן}, עדיין אין בכך הפקעת דיני ירושה מהבן הנמל"מ, שכן יש מקום לומר שבמות היבם בלא בנים, יוכל הבן הנמל"מ לאח המת, לקבל חלק אביו בנכסי יבם. כמו כן לשיטת בה"ג ור"ח, אפילו בחיי היבם יירש הבן הנמל"מ בנכסי אביו אביו כמבואר להלן אות כב}.

פרק ז. מי קודם לירושה - היבם או הבן הנמל"מ?

יט] והנה לשאלה: מי מהם קודם, הבן הנמל"מ או היבם, הדבר פשוט לשיטת רבי יהודה דמתניתין. לדעת רבי יהודה שיבם אינו יורש במקום אב, קל וחומר שיבם אינו יורש במקום בן⁵⁸. כאמור לעיל אותיות טו] – יח], הבן הנמל"מ דינו כבן לכל דבר.

בפשוט מחלוקת ת"ק ורבי יהודה היא איזה דין ירושה נתנה תורה ליבם. לדעת רבי יהודה היבם יורש מדין אח, אלא שנתנה לו תורה דין קדימה על פני אחיו האחרים. לכן במקום אב הקודם לכל יוצאי ירכו, האב קודם. לעומת זאת יתכן שת"ק סבר שאין ירושת היבם מדין אח אלא היא ירושה מיוחדת של יבם, ודין ירושת היבם קודם לא רק לאחים אלא גם לאב. לכן לדעת ת"ק, הסובר שיבם יורש את האח המת גם במקום אב, יש מקום לחקור מה דינו של יבם במקום בן הנמל"מ, ודין זה תלוי בשאלה: מהו גדר הדין המיוחד של ירושת היבם לת"ק. לכאורה יש לנו שלש אפשרויות להבנת גדר דין ירושת יבם לת"ק:

אפשרות א) התורה העמידה את היבם כאח עם דין קדימה בירושה לא רק לגבי שאר האחים (כפי שסובר רבי יהודה) אלא גם עם דין קדימה לגבי אביהם (כפי שסובר ת"ק דרבי יהודה), אך לא עם דין קדימה לגבי בנו הנמל"מ.

אפשרות זו באה בחשבון משום שירושת אח היא ירושה בפני עצמה ולא מכוח משמוש מהאב שיורש בקבר, כדאיתא בריש פרק יש נוהלין⁵⁹, שעל פי ההו"א שם, תמיד אח קודם לאב. הרי שירושת אח איננה מדין משמוש אלא ישירות מהאח המת. ולכאורה כשחידשה תורה שאב קודם לאח, אין בכלל זה ביטול דין הירושה הישיר, אלא רק חידוש דין של קדימת

זאת ליהודה עמ' תקכא שם). ולכן גם בלי הדין שאין הבכור יורש בראוי, כאן לא יירש פי שנים שכן דין בכורה הוא בירושת האב ולא בירושת האח. לעומת זאת היבם יכול לרשת את נכסי הבן הנמל"מ רק בכוח משמוש מאחיו המת שיורש נכסי בנו בקבר, ולכן יש צורך בדין "כבכור שוויה רחמנא" שאינו יורש בראוי כבמוחזק. וראה להלן אות יט] באפשרות א).

58. **הערת הגר"א אביגדר נבצל**: "הק"ו אינו מוכרח לענ"ד, דהאב כבר בא לעולם בשעת מיתת האח, אבל הכא הבן לא בא לעולם אפילו כמיא בעלמא בגוף האשה, אלא מחוסר מעשה לבא לעולם." עכ"ל.

59. בבא בתרא קח.ב.

אב לאח (כשם שלה"א, שאב קודם לבן, אין בכלל זה ביטול דין הירושה הישיר של הבן). וכן כתב הב"י⁶⁰ גבי אחים "דלאו מכח אב הנותן ירתי". אמנם בדרכי משה שם⁶¹ חולק וסובר שירושת אח היא מדין משמוש, והובאו דבריהם בשו"ת רעק"א⁶². לדעת הגר"א קוטלר להלכה ירושת אח איננה מדין משמוש, ולכן "האב קודם לאח דווקא כשהוא בחיים, אבל לאחר מיתה האחים קודמים"⁶³. לכן אפשר לקבל שבפרשת יבום קבעה תורה דין קדימה לאח היבם גם כלפי אביו.

אפשרות (א) זו היא לכאורה דעת הקרן אורה (לעיל אות יא) שהקשה על הנוב"י: "דהיכן מצינו יבום שלא במקום נחלה? וזה הבן יורשו ואחיו מיבם"! הרי שהבין בדעת הנוב"י שאם יש לבן דין "יורש" אזי הוא קודם ליבם, והיבם מייבם שלא במקום נחלה, כלומר, איננו יורש דבר במקום הבן⁶⁴.

אפשרות (ב) התורה העמידה את היבם כ"בן"⁶⁵, של האח המת, וכלשון מהר"ם אלשיך⁶⁶: "וקיי"ל יקום לנחלה דהיינו כאילו הוא בן אחיו המת". ובשו"ת מהר"ח אור זרוע⁶⁷ בשם רבנו שמחה⁶⁸ כתב וז"ל: "אבל כיון שה"ג⁶⁹ פירשו דנכסי האב הוי ראוי ליבם ועשו אותו כאילו הוא בנו של אחיו המת. לפי דבריהם מה שאומר פ' יש בכור (שם) לאתויי נכסי אבא דאבא - משום בכור נקט ליה. ולגבי היבם הוי נכסי האב כמו נכסי אבא דאבא דחשיב כאילו הוא בן אחיו המת".

60. ב"י על טור חו"מ סי' רנג, סעיף יז אות לג.

61. דרכי משה, טור חו"מ סי' רנג, ס"ק ח.

62. שו"ת רעק"א חלק א סי' קלח. ועיין גם בתוס' רעק"א על המשנה ריש יש נוחלין, אות לד.

63. לשון הגר"א קוטלר במאמרו: בדין ירושת יבם, בספר וזאת ליהודה עמ' תקכא.

64. וראה לעיל אות יב] מה שיש לתמוה על קושיית הקרן אורה, ולהלן אות כג] הסבר אחר בהבנת הקרן אורה.

65. אולי אפילו כבן בכור.

66. שו"ת מהר"ם אלשיך סי' מט, ד"ה ואפשר דטעמא.

67. שו"ת מהר"ח אור זרוע סימן צב. רבי חיים בן יצחק אור זרוע חי כמאתיים שנה אחרי רש"י. אביו, ר' יצחק בן משה מווינה, חיבר את הספר המפורסם אור זרוע. בנו, ר' חיים, נקרא אף הוא על שם חיבורו של אביו הודות לספר קיצור אור זרוע אשר חיבר. המהר"ח או"ז למד אצל המהר"ם מרוטנברג ואצל הרא"ש וישב בעיקר בגרמניה.

68. ר' שמחה ב"ר שמואל משפירא, חברו הצעיר ממנו של הראב"ה. הן הראב"ה והן רבנו שמחה היו מתלמידיהם של הרא"מ ממיץ ושל ר' משה ב"ר שלמה הכהן ממגנצא [ולא הרמ"ך - ר' משה ב"ר מאיר הכהן מלוניל, כמובא במדריך שימושי לתולדות גאונים ראשונים ואחרונים (אברהם בראונר, מהד' שניה ירושלים תשמ"ג) ערכים 30 ו-361, כפי שהעירני הרב יואל קטן]. הראב"ה ור' שמחה, שניהם היו מרבתי של ריא"ז מווינה, אביו של המהר"ח או"ז. הראב"ה ורבנו שמחה עמדו גם בקשרי שו"ת זה עם זה. [יעוין מש"כ ר' יחיאל היילפרין אבד"ק מינסק בסדר הדורות, סוף האלף החמישי, ערך ראב"ה, שהחליף את ר' שמחה ב"ר שמואל משפירא עם ר' שמחה ב"ר שמואל מויטרי (תלמיד רש"י) שנפטר בשנת ד' תתס"ה, שלושים וחמש שנים לפני שנולד הראב"ה בשנת תת"ק, וכתב ש"בין זה ראב"ה ורבנו שמחה דויטרא הלכו שו"ת".]

69. שיטת בה"ג ור"ח שהובאה לעיל אות יח].

ומקור הדברים כמעט מילה במילה באור זרוע⁷⁰. כמו כן התנבא באותו סגנון גם המרדכי ריש פרק יש נוחלין⁷¹ בשם הראבי"ה⁷². וכ"כ המהרש"ל בים של שלמה⁷³ בדעת בה"ג ור"ח: "דחשבינן ליה [ליבם] כאילו הוא בנו של אחיו המת ועומד במקומו לירש כחו. וא"כ חשוב היבם בנכסי אביו כמו בכור בנכסי אבי אביו שאינו נוטל שני חלקים, כגון ראובן בנכסי יצחק היכא שמת יעקב קודם בניו שאינו נוטל שני חלקים מנכסי יצחק שמת אחר יעקב בנו, שחשיב ראוי." וכן דעת המהר"ח או"ז [שם] להלכה.

אפשרות ג) התורה העמידה את היבם במקומו של האח המת, כלומר, "יקום על שם אחיו - שחשבינן כאילו אחיו חי"⁷⁴. או בלשון אחרת: "שגזירת הכתוב דעל ידי היבום פקע כח ירושת כל הקרובים"⁷⁵. וכבר קדם רבנו שמחה שהובא במהר"ח אור זרוע [שם], וכתב כעין זה בשיטת רש"י, על פיה היבם יורש את אביו גם אם מת לאחר אחיו "דהוי [היבם] מוחזק בנכסי האב והוי כאילו בא בהרשאה מכח אחיו המת ועומד במקומו. ורק מה שחשוב ראוי לגבי אחיו המת חשוב נמי אצלו ראוי כגון נכסי אבא דאבא. אבל נכסי אבי המת והיבם הוי מוחזק ולא חשבינן ליבם כאילו הוא בן המת דלהוי לגביה נכסי אבא דאבא."

גם כאן מקור הדברים באור זרוע⁷⁶, וכמו כן התנבא באותו סגנון גם המרדכי בפרק יש נוחלין שם, בשם הראבי"ה, וכן למד המהרש"ל⁷⁷ בדעת רש"י: "אבל רש"י ור"י סוברין בפ' יש בכור, שיוורש חלק הירושה של אחיו המת, שהרי יקום על שם אחיו כתיב, לעולם עומד במקומו בין לרבנן בין לר' יהודא. וכן נראה, כי כמו שהבכור שמת בחיי האב, שבן הבכור נוטל פי שנים של אביו, ה"נ גבי יבם דבכור קרייה רחמנא. ועוד יקום על שם אחיו כתיב, דמשמע שעומד במקום אחיו כאילו הוא בחיים." "שהרי [היבם] במקומו [של האח המת] עומד ממש ולא חשיב יורש לגביה, כמו שפ"י."

70. ספר אור זרוע ח"א – הלכות יבום וקידושין (תקצה-תרסג) סי' תרמב.

71. מרדכי, ב"ב, ריש יש נוחלין, סי' תקעו.

72. חברו של רבנו שמחה (עיין הע' 69 לעיל).

73. ים של שלמה, יבמות פ"ב, סי' יד.

74. אביעזרי מהר"ג, על הרמב"ם, נחלות פ"ג ה"ז.

75. לשון הגרא"ב וסרמן הי"ד בהסבר שיטת הר"ן, קובץ שיעורים, כתובות, סי' רצ. וכעין זה גם באביעזרי שם: "שבמקום יבם הרי הפקיעה רחמנא כל ירושת הקרובים". ועיי"ש עוד שכתב: "וירושת היבם אין זה דין ירושת הקרובים ששם נחשב שהמת הוא המוריש, והיורש בא מכוחו. משא"כ ירושת היבם שהוא זכותו של היבם לירש המת מצד שהוא יבם, אבל אין המת הוא המוריש..."

76. ספר אור זרוע ח"א – הלכות יבום וקידושין (תקצה-תרסג) סי' תרמב.

77. ים של שלמה, יבמות פ"ד, סי' כג. הביאו והגיהו הגר"ד פוברסקי בספרו ישועת דוד (בני ברק, כרך תשל"ד) סי' לח, עיי"ש.

קדם לכולם רבנו גרשום מאור הגולה⁷⁸, בהסבירו את שיטת אביו בכורות נב, א, שהיבם נוטל בשבח ששבחו נכסים בין יבום לחלוקה, בכך שאחרי שהתקיים הייבום "מסתלק ממנו [מהיבם] דין בכור, וקאי במקום אחיו שמת, ושקיל פי שנים. ובשבח שבין יבום לחלוקה שקיל חלק של עצמו וחלק של מת, ולא משום דין בכור, דבכור אין לו שבח כלל." ואפשר שגם לשיטת רבא היבם "קאי במקום אחיו שמת", אלא שלא נסתלק ממנו דין בכור לגריעותא. וראה לעיל אות יח] שדעת רגמ"ה כרש"י ור"י, שהיבם יורש חלק אחיו המת בנכסי אביהן שמת אחרי הייבום⁷⁹, שלא כדעת ר"ח ובה"ג.

ראוי לציין כי גם ר' יעקב בעל הטורים השתמש בביטוי שהמייבם "עומד במקומו" של המת. אך נראה שאין כוונתו לומר בכך שהיבם כאילו בא בהרשאה וכאילו אחיו קיים. שכן הטור פוסק כדעת בה"ג ור"ח, וז"ל הטור⁸⁰: "המייבם זוכה בנכסי המת ועומד במקומו ליטול חלקו בנכסי אביהן. ודוקא במוחזק כגון שמת אביהם ואח"כ מת אחיו קודם שחלקו או נוטל חלק אחיו בנכסי אביהם אבל לא בראוי כגון אם מת אחיו ואח"כ אביהם לא יטול חלק אחיו".

הרי שאין כוונת בעל הטורים לומר כי התורה העמידה את היבם במקומו של האח המת, שחשבינן כאילו אחיו חי או כאילו בא בהרשאה מכח אחיו המת ועומד במקומו. דאל"כ היאך פסק כבה"ג במחלוקתו עם רש"י? אלא כוונת הטור בהביאו את דין ירושת היבם להשתמש בקירוב לשפת מקור דיני ירושת היבם בתורה - "יקום על שם אחיו" וכפירוש חז"ל, ולא לקבוע את גדר מעמד היבם אם כבן או כבא בהרשאה בלא גדר ירושה.

כן ונפק"מ לנד"ד: אם היבם יורש מדין אח עם קדימה לשאר אחיו ולאביו, אזי יהיה היבם קודם דווקא לאב ולא לבנו של המת הנמל"מ. לכן בנד"ד הצאצא הנולד מההזרעה שלאחר מיתה יירש את כל נכסי המת, בין אם הוא בן ובין אם הוא בת.

כאן אם דינו של היבם כבן של האח המת, כדעת המהר"ח או"ז⁸¹ וכדברי רבנו שמחה שם אליבא דר"ח ובה"ג וסיעתם, אזי בנד"ד בן הנולד

78. הובאו דבריו בשיטה מקובצת לרבנו בצלאל אשכנזי על מסכת בכורות (מהדורת הרב יעקב דוד אילן, הוצאת מכון כנסת הראשונים, בני ברק, תשל"ה) על הגמ' בדרף נב, א.

79. מהסבר רגמ"ה (בשיטת אביו) שאחרי הייבום "מסתלק ממנו דין בכור, וקאי במקום אחיו שמת, ושקיל פי שנים", נובע שהיבם יורש פי שניים גם בנכסים הראויים לאביו שמת אחר הייבום. ובפשטות – אפילו אם מת האב קודם לייבום, אם הנכסים הראויים נפלו לפני האב המת רק אחר הייבום, גם אז יטול היבם פי שנים – חלקו וחלק אחיו המת – דומיא דשבח, כמו שהוא ואחיו המת (אילו היה חי) היו יורשים בהם חלק פשיטות. אמנם יש מקום לדון בכ"ז, ואכמ"ל.

80. טור אבן העזר סי' קסג.

81. הובא לעיל אות יטן אפשרות ב).

מההזרעה שלאחר מיתה יחלוק, לכאורה⁸², בנכסי המת עם היבם⁸³, ובת לא תירש כלום במקום יבם שדינו כבן, וכמפורש בתורה ונשנה במשנה⁸⁴: "בן קודם לבת".

לגבי צורת החלוקה עם היבם: לשיטת הראשונים הסוברות שהתורה עשתה את היבם כבכור בנכסי אחיו המת (בה"ג ור"ח) יתכן והיבם יירש פי שנים כדין בכור, והבן הנמל"מ יירש רק שלישי. מצד שני, גם לשיטתם יתכן שדווקא הבן הנמל"מ היה ראוי להחשב כבכור למת, כי הוא ראשית אוננו⁸⁵ לו משפט הבכורה, לעומת דין "בכור" שנאמר ביבם עליו אומרת הגמ'⁸⁶: "למאי הלכתא – לגריעותא. מה בכור אינו נוטל בראוי כבמוחזק, אף האי אינו נוטל בראוי כבמוחזק"⁸⁷. יתכן גם שעצם קיומו של בן "ראשית אוננו" לאח המת, מונע מן היבם להחשב כבכור הנוטל פי שנים בנכסי האח המת.

אמנם להלכה אין הבכור הנוולד לאחר מיתת אביו נוטל פי שנים בנכסי האב "מאי טעמא? יכיר אמר רחמנא, והא ליתא"⁸⁸. אך אם נכונה הסברה שעצם קיומו של בן "ראשית אוננו" לאח המת, מונע מן היבם להחשב כבכור הנוטל פי שנים בנכסי האח המת, אזי גם אם הבן "ראשית אוננו" בעצמו אינו נוטל פי שנים משום שטרם נולד בזמן מיתת אביו וחסר "יכיר", בכל זאת יחלוק בשווה עם היבם, אם הבן "ראשית אוננו" מונע מן היבם להחשב כבכור הנוטל פי שנים בנכסי המת⁸⁹.

לכן למעשה יש מקום להסתפק אם חולקין בשווה, או שהיבם נוטל פי שנים. מאחר ושניהם יורשים, אזי שלישי מנכסי המת בודאי מגיע הן לבן והן ליבם⁹⁰, וכל הדיון הוא רק לגבי השליש השלישי, התלוי בדיני ירושת

82. ראה הערת הג"ר מאיר שמואלביץ, להלן הע' 91.

83. והא דאמרו "כלום יש יבום אלא במקום שאין בן" (קידושין יז, ב, וש"ג), היינו שאין בן בשעת הנפילה ליבום, אך אח"כ יכול להוולד בן שלא מפקיע את דין היבום שנקבע בשעת המיתה. וכמש"כ הגרשז"א **בנועם**, הובא לעיל אות י'.

84. **בבא בתרא** פרק ח משנה ב.

85. ואם נאמר שהנוולד מהזרעה מלאכותית לא חשיב "ראשית אוננו" אזי לכאורה גם הנוולד מהזרעה מלאכותית בחיי האב לא יחשב כבכור. אך לא מצאתי שום פוסק שיאמר כן. וכן לא ראיתי מי שלא יחשיב כ"ראשית אוננו" וכבכור לענין ירושה את הנוולד מהזרעה מלאכותית כשהזרע נשאב על ידי רופא מדרכי הזרע של אביו.

86. **יבמות**, כד, ב.

87. ועיי"ש **ביבמות** כד, ב, תוד"ה למאי הלכתא, ובבכורות נב, ב, תוד"ה בכור. אך יש לדון בדבריהם, ואכמ"ל.

88. בבא בתרא קמב, ב, רמב"ם הל' נחלות פ"ב ה"ב, ובשו"ע חו"מ רעז, ג.

89. ואף שבן הנוולד לאחר מיתת אביו איננו ממעט בחלק בכורה (ב"ב שם), כאן לא מדובר במיעוט חלק בכורה, אלא בביטול דינו כבכור, משום שקיים למת "בכור אמיתי" ראשית אוננו, אף שנוולד מהזרעה לאחר מיתה. ולכן יתכן שדין הבכורה של היבם פוקע עם לידת "ראשית אוננו" ממש.

90. **הערת הג"ר מאיר שמואלביץ**: על עצם האפשרות שהיבם והבן הנמל"מ יחלקו את הירושה העירני הג"ר מאיר שמואלביץ שגם אם היבם דינו כבן של המת, ברור שהיבם איננו "אח"

הבכור, לגביו אנו מסופקים⁹¹. מכאן שליבם אין פחות משלש שישיות (חצי) ולבן אין פחות משתי שישיות (שליש) הרי ש"פ"ש להו דנקא, הוי ממון המוטל בספק, וחולקין⁹², והוא הדין גם בספיקא דדינא כדאיתא בשו"ת תשב"ץ⁹³: "ומצינו בהרב' מקומות שנסתפקו בעלי התלמוד בדין מהדינין ולא אמרו בו לא זכות ולא חיוב וסלקא בתיקו, ויש בהן שראוי לדון בהם יחלוקו, ויש בהם שראוי לדון המוציא מחברו עליו הראי'. וכללא דמילתא הכי הוא, שאם הדבר שנפל בו הספק אין לאחד מהן חזקה יותר מחברו, דנין בהם יחלוקו".

כלומר, דכל היכא שאין מוחזק ואין מ"ק, גם בספיקא דדינא, לכו"ע ממון המוטל בספק חולקין. משום כך, בנד"ד, אף שלא מדובר בספק של בעלי התלמוד, מסתבר שיחלקו את השישית הנותרת⁹⁴. עדיין יש לדון כאן בדיני תפיסה, ואכמ"ל. כל האמור כאן בשלא קדם היבום בפועל ללידת הבן הנמל"מ. אך אם קדם היבום, העיר לי מו"ר הג"ר אביגדר נבנצל, ש"אם קדם היבום ללידת הבן, אולי נחשב הבן [הנמל"מ] מוציא מיד היבום עכ"ל. ואכן אם היבום כנס את יבימתו לא רק לפני הלידה אלא לפני ההזרעה ממנה נולד הבן הנמל"מ – לכאורה פשוט שהיבום מוחזק בנכסים. שכן אין לך מוחזק גדול ממי שירש כדין ובעת שירש לא היה שום ספק בעולם על היותו יורש,

של הנמל"מ. הרי הם שני סוגים שונים של "בנים", כך שמן הסברא לא יתכן שיחלקו בירושה, אלא רק אחד מהם יירש ולא השני.

[לסברת הגר"מ שמואלביץ אין מקום לחלוקה ביניהם מדין חלוקת הבנים, אך אין מניעה לחלוקה מדין ממון המוטל בספק כשלשניהם אין דין מוחזק, כהא דספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא, יבמות לז"ב. ואם נכונים הדברים, אזי לדעה שהיבום דינו כבן האח המת, הספק איננו **אין** יחלקו ביניהם, אלא **מי** מהם הוא הבן היורש את הכל: היבם או הבן הנמל"מ. וא"כ לכאורה "הוי ממון המוטל בספק, וחולקין" ע"פ העיקרון המבואר כאן למעלה.].
וראה להלן אות כג] דרך אחרת בהבנת מעמדו של יבם במקום בן הנמל"מ, ממנה נובעת מסקנה אחרת.

91. אמנם ראה בפתחי תשובה חו"מ רפא ס"ק ז, מחלוקת הפוסקים אם יש דין בכורה כאשר לא קיים פשוט בזמן מיתת האב. לדעת השבות יעקב (ח"ג סי' קעד) שגם במקום שעדיין לא נולד הפשוט (או לא נקרע הטומטום) בזמן מיתת האב, בכל זאת מתקיים דין ירושת הבכור, שיטול שני חלקים והפשוט שנולד לאחר מיתה יטול חלק אחד. לשיטה זו, אכן החלוקה צריכה להיות כאמור למעלה. אולם לדעת הדיין בשאלה שם, וכמותו פסק גם השב יעקב שהובא בפ"ת שם, כל שאין פשוט עם הבכור בזמן מיתת האב, אזי גם אין דין בכורה בירושה זו ויטול הבכור רק מדין פשוט, ולכן יחלוק עם הפשוט שנולד לאחר מיתה בלא ליטול כלל חלק בכורה. לשיטה זו, גם בנד"ד, אפילו אם דינו של היבם היה ראוי להיות כבכור אפילו במקום בן "ראשית אונו" הנולד מהזרעה לאחר מיתה, אפי"ה לא יטול פי שנים שכן אין דין ירושת בכור במקום שלא היה פשוט עמו בזמן מיתת המוריש. וע"ע בדבר אברהם ח"א סי' כז.

92. יבמות לז, ב – לח, א, לגבי ספק במציאות.

93. שו"ת תשב"ץ, ח"ב סי' רעב.

94. וראה מש"כ שו"ת מהר"י בן לב חלק ג סימן קא ד"ה וכתבו התוספת: "ואני מודיע לשואל כי עדין הדבר אין ולא ורפיא בידי עד שאמצא ראייה ברורה להכריע אם הבת הפנויה היא המוחזקת או הבנות הנשואין הם המוחזקות. וטוב הדבר לפשר לומר ממון המוטל בספק חולקים כיון דלא ברירא החזקה. וכעת תו לא מידי. נאם המר ונאנח יוסף ן' לב".

ורק אחרי שירש הנכסים ללא עוררין, נולד ספק אם לידה שהתחדשה אח"כ, משנה את דין הירושה. לכן אם קדם היבום בפועל להזרעה ממנה נולד הבן ואולי גם אם קדם היבום רק ללידתו, נחשב הבן הנמל"מ כמוציא מיד היבם כמו שהעיר הגר"א נבנצל, היבם יחזיק בירושת אחיו, והבן הנמל"מ יטול בנכסי אביו רק מאותם נכסים שאינם "מוחזקים" אלא "ראויים" שאותם לא יורש היבם.

חובה להדגיש כי כל הדיון כאן על אופן חלוקת נכסי המת בין בנו הנמל"מ לבין היבם, הוא דווקא במקום יבום בפועל, שכמעט אינו מצוי בימינו היום.

כבן אם העמידה תורה את היבם במקומו של האח המת, כלומר, "שגזירת הכתוב דעל ידי היבום פקע כח ירושת כל הקרובים", וכדעת רבנו שמחה באו"ז והיש"ש אליבא דרש"י, אזי גם בנו הנוולד לו מההזרעה לא ירשנו, שהרי העמידה תורה גברא במקום המת ופקע כח ירושת כל הקרובים כולל הבן הנמל"מ, והיבם יירש את הכל.

אך למרות שעל פי שיטה זו לכאורה היבם קודם לבן, עדיין אין בכך הפקעת דיני ירושה מהבן הנמל"מ. שהרי יוכל לרשת את חלק אביו - האח המת - בנכסי היבם אם ימות היבם בלא בנים ויירשו אחיו את נחלתו. יתר על כן, אפילו בחיי היבם, הנמל"מ - בן האח המת - ירש את חלק אביו בנכסי אבי סבו (סבם של היבם ואחיו) שמת אחרי הסב, מפני שהוא "ראוי" ואין היבם נוטל בראוי כבמוחזק. ולכן בכה"ג יורשים כל האחים בשוה את נכסי אביהם, ובנו של האח המת יירש את חלק אביו בנכסי אבי סבו.

כגן אולם לאחר העיון יש מקום לדון, הן לדעת המהר"ח או"ז שהיבם דינו כבן אחיו המת, והן לדעת רבנו שמחה אליבא דרש"י שהיבם עומד במקום המת וזוכה בנכסים לא מדין ירושה. הדיון הוא: האם דין "יקום על שם אחיו" לענין ירושת אחיו המת נשאר בתוקפו לאחר שנולד למת בן ממש מהזרעה לאחר מיתה, או שהוא מתבטל ברגע שנולד הבן הנמל"מ?

מקור הספק הוא בסברת הגרש"ז אויערבאך לחלק בין דין יבום שנקבע בשעת מיתת האח לדין ירושה שיכול לחול גם מאוחר יותר לעיל אות טו]: "ואף שלענין ירושה שפיר נקרא [הנוולד מהזרעה לאחר מיתה] יורש, היינו שדין ירושה לא תלוי דווקא בשעת מיתה ויכול שפיר לחול עליו שם יורש גם זמן רב לאחר מיתת המוריש, כמו למ"ד שאין זכיה לעובר אפילו בירושה דממילא, דאפילו הכי שפיר חייל עליו שם יורש גם לאחר מיתת האב כמבואר בריש פרק מי שמת"

ואם כן מסתבר שכמו שדין יורש יכול להינתן מאוחר לבן הנולד לאחר מיתה למ"ד שאין זכיה לעובר, כך גם דין "יקום על שם אחיו לנחלה" יכול להתבטל מאוחר, כשנולד בן אמיתי. שהרי לגבי דיני ירושה אין לנו את סברת "דרכיה דרכי נועם" לקבץ את הדין בשעת המיתה בלא שישתנה אחר כך. יתכן שזו היתה באמת הבנת ה'קרן אורה' בדעת הנוב"י (לעיל אות יא)) שהקשה עליו: "היכן מצינו יבום שלא במקום נחלה? וזה הבן יורשו ואחיו מיבם", ושלא כמש"כ לעיל אות יט] אפשרות א)⁹⁵.

ואם כן, אזי גם לסוברים שדין היבם בירושה כבן של המת, וגם לסוברים שהיבם קם לירושה כאילו הוא עצמו האח המת, בכל זאת מתבטל דין "יקום על שם המת לנחלה" ברגע שנולד אחר כך בן ממש, אע"פ שמצות יבום במקומה עומדת. ואם כן, הרי שהבן הנולד מהזרעה לאחר מיתה יירש את הכל, ואין ליבם כלום לפי כל השיטות המגדירות את מעמדו של יבם. וכך מסתבר לדינא.

אולם גם אם נתייחס לסברא זו רק כיוצרת ספק, מאחר שהשאלה היא אך ורק לגבי דין היבם: האם היבם שדינו כבן נשאר יורש גם אחר לידת הבן ולכן יירשו גם הבן וגם היבם, או שמא מתבטל דין "יקום על שם אחיו" ברגע שנולד אחר כך בן ממש (אע"פ שמצות יבום במקומה עומדת) ויירש הבן לבדו - הרי שהבן הנולד מהזרעה לאחר מיתה הוא ודאי יורש, והיבם הוא ספק יורש, ואם כן אין ספק מוציא מידי ודאי, כדאיתא ביבמות⁹⁶ לגבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, וכמו שפסק הרמב"ם⁹⁷ גם בספקא דדינא לגבי מי שמת והניח בן ואנדרוגינוס⁹⁸: "זה הכלל ביורשין: כל שני יורשין שהאחד מהן יורש ודאי והשני ספק - אין לספק כלום"⁹⁹.

הא דאמרינן כאן "אין ספק מוציא מידי ודאי", פשוט הוא כאשר היבם לא כנס את יבימתו לפני ההזרעה ממנה נולד הבן הנמל"מ. אך אם קדם היבום בפועל להזרעה, ואולי גם אם קדם היבום רק ללידתו, הרי היבם

95. ואם זו אכן כוונת הקרן אורה, אזי מוחלשת התמיהה על דבריו שהובאה באות יבן לעיל. שכן אין כאן העדר נחלה ליבם עקב יורש אחר הקודם לו (בדומה לאביו בשיטת ר' יהודה), אלא יש כאן ביטול דין "יקום על שם אחיו" לענין ירושה, בעוד היבם קם תחתיו ליבום. ועל זה מקשה הקרן אורה דהיכן מצינו "יבום שלא במקום נחלה" דהיינו שמתקיים דין היבום ומתבטל דין הירושה. ויבום שלא במקום נחלה כעין זה, אכן לא מצינו עד כה. ואכמ"ל.

96. יבמות לח, א.

97. רמב"ם הלכות נחלות פרק ה הלכה א.

98. רמב"ם שם, במיוחד לשיטתו שאנדרוגינוס בריה בפני עצמה. ועיי"ש בכס"מ.

99. מכאן נובע שלדעת החיד"א (הובא לעיל אות ד) שמסתפק אם הנולד מעיבור באמבטי נחשב כבן לאביו, או לדעת הרב ישראלי שמסתפק אם הנולד מהזרעה מלאכותית חשיב כבן, יצא שאם לאדם שני בנים האחד נולד כדרך כל הארץ והשני מהזרעה מלאכותית - הנולד כדרך כל הארץ הוא יורש ודאי בעוד שהנולד מהזרעה מלאכותית הוא ספק יורש - ואין ספק מוציא מידי ודאי. אמנם להלכה שניהם יורשים ודאיים וחולקים בנכסים כמבואר באות ד] לעיל.

מוחזק (כפי שהעיר הגר"א נבנצל, לעיל סוף אות כא), והראשונים חלוקים בשאלה אם מסברת "אין ספק מוציא מידי ודאי" ניתן להוציא ממנו ממוחזק¹⁰⁰, וצ"ע לדינא.

100. א. בשו"ת **מהרש"ך** (חלק ב סימן קצו ד"ה ותחלת כל) כתב "ובודאי דבההוא דינא דספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא אפילו אם היה מוחזק הספק לא תועיל חזקתו נגד הודאי ומפקינן מיניה".

אך עיון במקור לדבריו מראה שאין מדבריו שום ראייה לנד"ד. הוכחת המהרש"ך היא "ממה שכתב הר"ש בפסקיו שם פ' החולץ גבי דינא דספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דקאמ' בגמ' ה"ל ספק וספק וממון המוטל בספק חולקין. וכתב הוא [הרא"ש] ו"ל על זה וז"ל ואפילו א' מהם מוחזק בנכסים אינה חזקה כיון דנכסי בחזקת מיתנא קיימי ותרויהו אתו בטענת ספק ואם הוא כדברי א' מהם אין לשני זכיה בהן הילכך הוי ספק וספק וחולקין. ויראה דההיא דספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא עדיפא דהתם הוי יבם ודאי יורש ואם כן מכ"ש שיש לומר לספק שלא תועיל חזקתו נגד הודאי". עכ"ל.

וא"כ, בנד"ד אין טעמו של הרא"ש קיים. כי אם היבם כנס יבימתו לפני לידת הבן הנמל"מ או בודאי אם כנסה לפני ההזרעה ממנה נולד הבן הנמל"מ, הרי שמיד לאחר היבום ירש את הנכסים כרין, והנכסים חדלו להיות בחזקת מיתנא. ואם כן ספק אם התבטל אח"כ דין הירושה איננו מבטל את חזקתו, שלא כמו בספק ויבם "דנכסי בחזקת מיתנא קיימי".

ב. בשו"ת **אבני נזר** (חלק יו"ד סימן שמא ד"ה טו ועוד) כתב "שיש ללמוד מתוס' ריש ב"מ שהקשו דהאומר כולה שלי ודאי והאומר חצי שלי ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי. עכ"ד. ויש ללמוד מכאן דבסברא דאין ספק מוציא מידי ודאי מוציאין מיד המוחזק. שהרי תירצו על הקושיא דיהי' נאמן במיגו, והוי מיגו להוציא. מוכח דבאין ספק מוציא מידי ודאי מוציאין ממון". עכ"ל. וע"ע בשו"ת **שאלת שלום** (לר' שמואל שמעלקא טויבש, ח"א סי' לד).

ג. **הריטב"א** בחידושי שם חולק על התוס' בהא. וז"ל שם ד"ה זה אומר כולה שלי: "ולאו קושיא היא כלל [מדין אין ספק מוציא מידי ודאי]. דהתם [בספק ויבם] הוי משום דלית ליה לספק חזקת ממון כלל. אבל האי, כיון דתפוס בה ודאי - חולקא אית ליה בגויה, דאנן סהדי דמאי דתפיס דידיה הוא, הלכך לפוטרו בלא כלום אי אפשר". וכעין זה תירץ גם הפני יהושע את קושיית התוס', שאין להוציא מיד המוחזק מכוח סברת אין ספק מוציא מידי ודאי. גם **בית אהרן** (וולקין) תירץ כך את קושיית התוס'.

ד. לפני ארבעים שנה (חשון תשכ"ב) שמעתי ממו"ר הג"ר פסח שטיין, ראש ישיבת תעלז בארה"ב, שהסבר למחלוקת תוס' - ריטב"א תלוי בחקירה מהו גדר "אין ספק מוציא מידי ודאי". האם ה"ודאי" זוכה מדין ודאי ממש כי ודאו **מסלק** את הספק (כעין מש"כ בברכת **שמואל**, ב"מ סי' יח בשם מו"ר הגר"ח מבריסק), או שזכית ה"ודאי" איננה מדין ודאי ממש, כי הספק איננו מסולק, אלא שדין הודאי רק מחייב את ה"ספק" להביא ראייה כאילו היה ה"ודאי" מוחזק. לצד הראשון דין "אין ספק מוציא מידי ודאי" מהני גם להוציא ממון, כדעת התוס', ולצד השני לא מהני אלא לתת ל"ודאי" מעין דין מוחזק המחייב את ה"ספק" להביא ראייה כדי להוציא ממנו, אך אין בכך בכדי להוציא מן ה"ספק" אם הוא מוחזק ממש בעצמו. ה] בשו"ת **מהרש"ם** (חלק ה' סי' לח ד"ה ומה שנסתפק) כתב "והעיקר כתי' הפ"י שם דהיכי שזה מוחזק א"א להוציא מידו מה שהוא מוחזק בו". עכ"ל.

ו. אמנם כדעת התוס' סוברים גם הרא"ש והרשב"א. **הרא"ש** ביבמות פ"ד סי' ט הביא מסוגייתנו ראייה לשיטת ר"י (ביבמות לח,א, תוד"ה הוי, החולק על רש"י שם) מכך שכאן לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי. בתוס הרא"ש כאן, אחרי שכתב כי לדעת ריב"ם שלא אמרינן מיגו להוציא נחא מדוע לא יהא נאמן כאן במיגו, הקשה מדוע לא יחול כאן דין "אין ספק מוציא מידי ודאי" למרות שהספק מוחזק (וע"ע בפסקי הרא"ש כאן סי' א). **הרשב"א** בחידושי לב"ב לג,א, בסוגיית קרובו של רב אידי בר אבין ד"שכ"ב ושכ"ב דיקלא", אחרי שהביא להלכה את גירסת ר"ח (שם ד"ה והגירסא הנכונה), הסביר (בד"ה ומיהו קשיא ל"י) את ההבדל בין סוגיית הירושלמי בב"ב שם, דאמרינן "אין ספק מוציא מידי ודאי" לבין סוגיית שנים אוחזין ש"הספק" נוטל רביע, בכך שבשנים אוחזין הוודאות היא מחמת הוודאת ה"ספק" ולא מחמת העדאת עדים כבעובדא דרב אידי. וכ"כ הרשב"א גם בחידושי ריש ב"מ (ד"ה ואיכא למידק, ועיי"ש במש"כ לפני כן בד"ה וזה ישבע) כישוב לקושיית התוס' מפרק החולץ.

נקודה נוספת: אם, כפי שמסתבר, ברגע שנולד אחר כך בן ממש, מתבטל דין "יקום על שם המת לנחלה" (אע"פ שמצות יבום במקומה עומדת), יש לחזור ולהסתפק באמור לעיל סוף אות יח לגבי השאלה האם יורש היבם את נכסי הבן הנמל"מ, אם מת הבן הנמל"מ בלא בניס בחיי היבם. אמנם לצד שהיבם נשאר יורש כל הזמן, אלא שהיה עליו לחלוק בנכסים עם הבן הנמל"מ, אזי לשיטת בה"ג ור"ח לא יירש היבם מאחיו המת את נכסי הבן הנמל"מ שמת, שכן לכאורה דינם כ"ראוי", בדומה לנכסי האב שמת לאחר מות האח.

מצד שני, אם דין "יקום ע"ש אחיו לירושה" התבטל בלידת הבן הנמל"מ, יש מקום להסתפק בדין "יקום על שם אחיו לירושה" אשר נקבע ליבם בראשונה עם מות אחיו ואשר נתבטל עם לידת הבן הנמל"מ, האם יחזור ליבם עם מות הבן. אם חוזר דין "יורש" ליבם, אזי לגבי הנכסים שהיו קיימים בעת היבום ושלגביהם התבטל דין יורש וחזר וניעור במות הבן הנמל"מ, יש מקום לומר שאין ירושה כזו נחשבת "ראוי" לגבי היבם, שהרי הן שנפלו לפניו כשקיבל דין יורש בשעת היבום והן שנפלו שוב לפניו כשקיבל שוב דין יורש בשעת מות הבן, הרי הם מוחזקים ולא ראויים, וצ"ע.

[ז] לענין הוצאה ממוחזק מטעם ד"אין ספק מוציא מידי ודאי" באיני יודע אם פרעתיך, ראה בפסקי הרי"ף סוף ב"ק (דף מד ע"ב). ובשו"ת אחיעזר (ח"א סי' ו' ד"ה ונראה בהא) דה"ה בספק פרעון קודם להלוואה, אף דליכא חזקת חיוב, ובש"ך (ח"מ עה ס"ק כז), ובנתיבות המשפט (סי' עה במשה"כ ס"ק כ). אמנם בחידושי הרשב"א (גיטין עה ריש ע"ב) כתב שבספק פרעון דתרי ותרי, איננו מחוייב לשלם מדין א"י אם פרעתיך "שהרי נולד ספק הפרעון לפניך", אלא חולקין. עיי"ש.

[ח] לענין הוצאה ממוחזק בשכיב מרע שכתב כל נכסיו ועמד, דחיישינן שמא שייר קרקע במדינת הים (דעת רב נחמן, ב"ב קמח, ב), ראה בפסקי הרא"ש שם (פרק ט סי' כא), ובחזון אי"ש (אבן העזר, מט, יב) שמבאר ע"פ מש"כ בעליות דר' יונה (מובא ע"י ר"ב אשכנזי בסוף השטמ"ק על ב"ב), דהטעם משום אין ספק מוציא מידי ודאי. אמנם בראשונים שם בשטמ"ק הובאו הסברים אחרים לדינא דרב נחמן. יתר על כן, בהג"א שם הביא בשם האו"ז שאין הלכה כרב נחמן, כי אין מוציאין בכה"ג ממון מיד המוחזק שעמד מחוליו.

[ט] לענין הוצאה ממוחזק שבודאי חתם את שמו, וספק אם זו היתה חתימה לחייב עצמו, ראה בספר התרומות (שער יג ח"ד, הובא בב"י, ח"מ סי' סט, אות ב ד"ה ואם טוען), וע"ע בשו"ע (שם), ובש"ך (ס"ק טו); ואכמ"ל.

[י] לענין הוצאה ממוחזק מכת ספק ספקא, ראה קונטרס הספקות (כלל ו אות ז), דהסכמת כל האחרונים דאין מוציאין, וכן מצא ברברי הרא"ה. ובקהילות יעקב (עמ"ס כתובות סי' ח) הביא שכ"כ גם הרמב"ן בשטמ"ק (כתובות יב, א ד"ה וד"ל הרמב"ן ז"ל וליחוש שמא תחתיו זנתה).

פרק ת. סיכום

[כד]

1. מסתבר לדינא כדעת הגרש"ז אויערבאך שהנולד מהזרעה לאחר מיתה נחשב בנו של המת לכל דבר, הן לענין איסורי קורבה, הן לענין יוחסין, והן לענין ירושה, ולכן שלא במקום יבום בפועל - יירש הבן הנמל"מ את כל נכסי אביו המת.
 2. לידת בן מהזרעה מלאכותית שנעשתה לאחר מיתת האב, איננה מבטלת את דין הייבום שנקבע בשעת המיתה, אף על פי שהבן הנמל"מ נחשב כבנו של המת לכל דבר, כולל לענין ירושה.
 3. "דין ירושה לא תלוי דווקא בשעת מיתה ויכול שפיר לחול עליו שם יורש גם זמן רב לאחר מיתת המוריש, כמו למ"ד שאין זכיה לעובר אפילו בירושה דממילא, דאפילו הכי שפיר חייל עליו שם יורש גם לאחר מיתת האב כמבואר בריש פרק מי שמת" [לשון הגרש"ז אויערבאך].
 4. במחלוקת רגמ"ה, רש"י ור"י מול בה"ג ור"ח, פסקו הטור והשו"ע כדעת בה"ג ור"ח, "ובשיטה זו עמדו הרמב"ן והרמב"ם והרשב"א וראבי"ה"¹⁰¹, וכך נפסק להלכה בטור ובשו"ע.
 5. בשאלת מעמדו של היבם בנכסי אחיו המת, אם כאח-עדיף, או כבן או כעומד במקום המת כאילו הוא חי (שלש האפשרויות באות יט' לעיל), נראים להלכה דברי האו"ז ובנו המהר"ח או"ז, הסוברים כי יבם דינו כבנו של האח המת, וכמו שכתבו גם הראבי"ה ורבנו שמחה בדעת בה"ג ור"ח שנפסקה להלכה, כמותם כתב גם המהרש"ל ביים של שלמה, וכן כתב בפשיטות גם מהר"מ אלשיך בתשובתו.
 6. למרות שהיבם דינו כבנו של האח המת, בכל זאת יש להסתפק במקום יבום בפועל מי יורש: הבן הנמל"מ, או שניהם - הבן עם היבם. ומסתבר יותר שגם לסוברים שדין היבם בירושה כבן של המת, וגם לסוברים שהיבם קם לירושה כאילו הוא עצמו האח המת, בכל אופן מתבטל דין "יקום על שם המת לנחלה" ברגע שנולד אחר כך בן ממש, אע"פ שמצות יבום במקומה עומדת, ולכן הבן הנמל"מ יירש הכל.
- אולם גם אם נתייחס לסברא זו כספק, מאחר שהשאלה היא אך ורק לגבי דין היבם: האם היבם שדינו כבן נשאר יורש גם אחר לידת הבן ולכן יירשו גם הבן וגם היבם, או שמא מתבטל דין "יקום על שם אחיו" ברגע שנולד אחר כך בן ממש (אע"פ שמצות יבום במקומה עומדת) ויירש הבן

101. לשון היש"ש, יבמות פרק ב, סי' יד.

לבדו - הרי שהבן הנולד מהזרעה לאחר מיתה הוא ודאי יורש, והיבם הוא ספק יורש, ואם כן אין ספק מוציא מידי ודאי, כדאיתא ביבמות לגבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, וכמו שפסק הרמב"ם¹⁰² גם בספיקא דדינא.

הדברים פשוטים כל עוד היבם לא כנס את יבימתו לפני ההזרעה ממנה נולד הבן הנמל"מ. אך אם קדם היבום בפועל להזרעה, ואולי גם אם קדם היבום רק ללידתו, הרי היבם מוחזק, והראשונים חלוקים בשאלה אם מדין "אין ספק מוציא מידי ודאי" ניתן להוציא ממון ממוחזק.

7. לכן להלכה: בין שלא במקום נפילה ליבום, בין במקום חליצה ובין במקום יבום בפועל – הנולד מהזרעה לאחר מיתה הרי הוא בן לכל דבר, יורש את כל נכסי אביו ואין ליבם כלום בנכסי אחיו המת, למרות שמצות יבום במקומה עומדת ולא פקעה.

לענ"ד כך הוא הדין גם אם קדם היבום בפועל להזרעה או ללידה, כי בכל אופן מתבטל דין "יקום על שם המת לנחלה" ברגע שנולד אחר כך בן ממש, אע"פ שמצות יבום במקומה עומדת.

8. במקום יבום בפועל, במצב בו הבן הנמל"מ מת אחר כך בלא בנים, יש מקום להסתפק בדין ירושת היבם. מצד אחד נכסי הבן שנפלו לאח המת בקבר צריכים להחשב כ"ראוי" לשיטת בה"ג ור"ח שנפסקה להלכה, אך מצד שני יתכן שאין נכסים אלו נחשבים "ראוי" ליבם, כי בין כשנקבע ליבם דין יורש בתחילה במות האח, ובין כשחזר ונקבע אחר כך במות הבן, תמיד בעת קביעת "דין יורש" הנכסים "מוחזקים" ואינם "ראויים".

וטוב הדבר לפשר לומר ממון המוטל בספק חולקים, כיון דלא ברירא דין ירושת היבם בכה"ג, כעין מש"כ בשו"ת מהר"י בן לב ח"ג סוף סימן קא.

102. רמב"ם הלכות נחלות פרק ה הלכה א.