

הרב ד"ר מרדכי הלפרין

מעמד הלכתי של הנוולד מהזרעה מלאכותית לאחר מות אביו

ראשי פרקים

מבוא

- א. ייחוסו של הנוולד מהזרעה מלאכותית בחיי אביו
- ב. הנוולד לאחר מיתת אביו לעניין ייבום
 1. המצב הראשון – הריון שנקלט בחיי האב
 2. המצב השני – הריון טבעי שנקלט לאחר מיתה
 3. המצב השלישי – הריון מהזרעה לאחר מיתה
- ג. מי קודם לירושה – היבם או הבן הנמל"מ?
סיכום



מבוא

בסוף שנת תשס"א הועלתה בכלי התקשורת הצעה להקים בנק זרע עבור המתגייסים לצה"ל, כדי לאפשר, בין היתר, הולדת צאצאים לנופלים שבהיותם בחיים לא הביאו ילדים לעולם.

העלאת ההצעה נבעה, כנראה, משיקולי פרסום של ארגון בעל מטרה מוצהרת לקעקוע מוסד המשפחה המסורתית. המציע התעלם מבעיות חברתיות קשות שהצעתו עלולה להביא לעולם, כמו גם מפגיעה מוראלית קשה במתגייסים צעירים שייחשפו למשמעות המפחידה של רעיונות מסוג זה.

ברור, 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" (שבת קלח ע"ב), יש מקום לדון במעמד ההלכתי של מי שנוולד מהזרעה לאחר מיתה (להלן: הנמל"מ).

1. הנמל"מ – הנוולד מהזרעה לאחר מיתה.

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

א. ייחוסו של הנולד מהזרעה מלאכותית בחיי אביו

ידועה מחלוקת הפוסקים אם הנולד מעיבור באמבטיה מזרע פסול, או משכיבה על סדין שעליו שכבת הזרע של פסול, מתייחס אחרי אביו הביולוגי ונפסל אף הוא, או שאינו מתייחס אחרי אביו, וכשר אפילו לכהונה, וכמו שרצה להוכיח הרב שאול ישראלי² בגלל קושיית הטורי אבן לחגיגה טו ע"א על סוגיית יבמות י, ובגלל קושיית הדברי-מלכאל בסוגיית יבמות צז ע"ב. וכן האריך להוכיח הרב כשר בתורה שלמה (כרך יז, במילואים סי' ד, אות טז).

אמנם, כבר כתב ר' יהונתן אייבשיץ בספרו בני אהובה (הלכות אישות פרק טו הל' ו) שאפילו בנתעברה באמבטי, "באמת אם ממנו לבד נתעברה – פשיטא דבנו הוא לכל דבר. אך מי יכול לברר זה, ולא ניתנה תורה למלאכי השרת", ולכן לא החשיב את הנולד מעיבור באמבטי כבנו עקב הספק מי האב. מדבריו נובע שבהזרעה מלאכותית, כשידוע בוודאות זרעו של מי הוזרק לאישה, "פשיטא דבנו הוא לכל דבר"³. ואף שהחיד"א ב'ברכי יוסף' הסתפק בדבר, כתב להלכה הרב עובדיה יוסף ב'ביע אומר' (ח"ב אבה"ע סי' א אות ג), "העיקר בזה כדעת האחרונים ה'חלקת מחוקק' וה'בית שמואל' וה'משנה למלך' ומהר"י זיין, שהוכיחו מזה דחשיב בנו לגמרי. וכן דעת הטורי אבן הנ"ל. וכן פירש 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 אש (שרידי אש ח"ג סי' ה), וכן פסקו הגר"מ פיינשטיין (אגרות משה, אבן העזר (א) סי' י; סי' עא), הגרש"ז אויערבאך⁴, ה'מנחת יצחק' (ח"א סי' ג) והציץ אליעזר (ח"ג סי' כז פרק ג), שבכה"ג – לכו"ע הוולד מתייחס אחרי נתן הזרע, וכמו שכתב בפשיטות ב'בני אהובה' שם.

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

3. וצדד לומר שאישה שהזרעה מפסול לה בלא בעילה, אינה נפסלת לכהונה כשם שאיננה נאסרת לבעלה, עיי"ש.

4. נועם כרך א, עמ' קנג-קנז; נשמת אברהם, כרך ד, חלק אבה"ע סי' א ס"ק ב (עמ' קפ).

ב. הנולד לאחר מיתת אביו לעניין ייבום

כאמור לעיל, הכרעת הפוסקים היא שהנולד מהזרעה מלאכותית מתייחס לאביו הביולוגי כבן לכל דבר. אף על פי כן, יש מקום לדון אם הדין כן גם במי שנולד מהזרעה מלאכותית שנעשתה לאחר מיתת אביו הביולוגי. ראשית הדיון הוא לעניין ייבום. מצות ייבום קיימת אם התקיימו התנאים הבאים: "ישבו אחים יחדיו, ומת אחד מהם, ובן אין לו" (דברים כה, ה). במצב כזה מצווה האח החי לייבם את אשת אחיו המת⁵ – היבמה. אם לא יחפוץ לייבם – על האח החי לחלוץ לה, ועד החליצה היא אסורה לשוק.

הרגע הקובע למצות ייבום הוא רגע מיתת האח. אם יש לו בן באותה שעה, אזי לא קיימת מצות ייבום, 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 ייבום, למרות היעדר זרע לאח המת, כמבואר בגמרא משום ש"עשו מתים כחיים" לעניין ייבום, שנאמר "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום"⁶. לעומת זאת, אם בשעת מיתת האח לא היה לו זרע, אך נולד לו זרע לאחר מיתה – יש להבדיל בין שלושה 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 מיתה⁷.

5. למרות איסור כרת של אשת אח הקיים שלא במקום ייבום.

6. יבמות פז וברש"י שם ד"ה דרכיה דרכי נועם: "וזו שהיה לה בן ולא נזקה 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".

7. תוך שלושה ימים ממועד התשמיש, ראה מקואות פ"ח מ"ג, ובגמרא שבת פו ע"ב "זו דברי ר' ישמעאל ור"ע, אבל חכמים אומרים וכו'", ובהגהות הגר"א שם גרסת הגאונים, וברמב"ם הלכות שאר אבות הטומאות פ"ה ה"א. ולענייננו ראה נדה לח ע"א בגמרא: "והא אמר שמואל: אין אשה מתעברת ויולדת אלא למאתים ושבעים ואחד יום, או למאתים ושבעים ושנים יום, או למאתים ושבעים ושלושה", וברש"י שם.

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, הזרק לתוך גופה של האישה⁸, נקלט, ולאחר זמן נולד צאצא מזרע המת.

1. המצב הראשון – הריון שנקלט בחיי האב

במצב הראשון, בו אשת המת היתה בהריון בשעת מיתתו, הייבום תלוי ועומד עד שיתברר אם ייולד ולד חי או נפל⁹. אם ייולד וולד חי – יתברר למפרע שלא חלה חובת ייבום בזמן מיתת האב, ואם ייולד נפל – יתברר למפרע שחלה חובת ייבום בזמן מיתת האב.

2. המצב השני – הריון טבעי שנקלט לאחר מיתה

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 ה'נודע ביהודה' (מהדו"ק אבה"ע סוף סי' סט), 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 לעניין ייבום הם צ' יום מיום המיתה ומייד 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 עוברת. 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 ה'נודע 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

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

9. יבמות פ"ד מ"א.

השעה ליבם, ולא הוה אסרינן אותה מטעם הריון שתקבל אחר כך, אי לאו איסורא דרבנן שאסרו תוך ג' [חדשים].

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

בהגדרת מעמדו של הבן לפי חידושו של הנוב"י חלוקים רבני דורנו. הרב ישראל¹⁰ הבין בשיטת הנוב"י שדין היחס משתנה לפי העניין. לעניין ייבום איננו נחשב לבנו, אך לשאר דברים – דהיינו ירושה, איסורי קרובים ודיני יוחסין – נחשב כבנו לכל דבר. משום כך הקשה על דבריו, בין היתר, איך אפשר להפריד בין ייחוס לעניין ייבום לבין ייחוס לעניין נחלה.

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

כעין זה כתב גם הרב ש"ז אויערבאך לגבי הנולד מהזרעה מלאכותית שנעשתה לאחר מיתת האב, "דבשעה שמת בעלה עדיין מחוסר מעשה של הכנסת הזרע לגופה, מיד כבר חל עליה חובת ייבום. ואף שלעניין 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".

10. במאמרו 'אבהות בהזרעה שלא כדרכה', קובץ תורה שבעל פה לב (תשנ"ב) עמ' מא-מו.

כלומר, חובת ייבום נקבעת בזמן המיתה ואיננה משתנית לפי התרחשויות עתידיות¹¹. לכן, חובת הייבום נקבעת בזמן המיתה, אם אין אז זרע והריון, ולידת הבן אחר כך אינה מבטלת את חובת הייבום למרות שהבן הנולד מיוחס לאביו לכל דבר, כולל לדיני ירושה.

על האפשרות של קיום דין ייבום כאשר היבם איננו יורש את המת, אלא בן המת הנולד לאחר מיתה, מקשה ה'קרן אורה' (יבמות פז ע"א): "ובלאו הכי דינו [של הנוב"י] תמוה: דהיכן מצינו ייבום שלא במקום נחלה? וזה הבן יורשו ואחיו מייבם".

וקושייתו מתבססת על הכתוב בתורה (נועם כרך א, עמ' קנה) וכפי שפירשו לנו חז"ל (על יבמות פז ע"א), שהיבם יקום לנחול בנכסי אחיו המת¹². ולפי חידושו של הנוב"י במצב השני נמצא שהיבם מייבם, אך היורש בסופו של דבר לא יהיה היבם אלא בנו של המת מזרעו שנקלט לאחר מיתתו.

אמנם קושיית ה'קרן אורה' איננה מובנת כלל. שהרי משנה ערוכה ביבמות (ד, ז). בדברי 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 הגמרא (מ ע"א): "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 ליבם¹³. גם דברי הגמרא בפרק שני (יז ע"ב) "יבום בנחלה תלה רחמנא" אינם נוגעים לענייננו, כמו

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

12. ועיי"ש בגמרא: "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 ייקרא על שם אחיו, אלא דרשינן שהיבם יקום לנחלה. וכאילו נכתב "והיה היבם (הקרוי כאן "בכור"), אם (היבמה) ראויה ללדת - יקום ע"ש אחיו לנחלה".

13. וראה להלן הסבר מחלוקת ת"ק ורבי יהודה.

שביארו תוס' ישנים כאן¹⁴: "והא דאמרינן 'יבום בנחלה תלה רחמנא' – ר"ל דהיכי שראוי לנחל [כגון אח מן האב] – מייבם, איך – לא. אבל אם אין נחלה [כי יש יורש קודם] – משום הכי לא פקע מצות יבום".

וכן כתב גם הרשב"א בחידושו ליבמות (קח ע"א): "...ואע"פ שהלשון אחד – העניין מתחלף, וכמוהו בתלמוד. ובמכילתין אמרו בריש פרק כיצד: 'יבום בנחלה תלה רחמנא', ובפרק החולץ אמרינן: 'מידי יבום בנחלה תלה רחמנא'. הנה שהלשון אחד והעניין 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 ייבם, קמ"ל דאין הדבר תלוי ביורש ממש".

כלומר, הנפילה לייבום אמנם יוצרת דין מיוחד של ירושה ליבם, ולכן יבם יכול להיות רק אח מן האב שהוא ראוי ליורשו. אך האפשרות שיהיה קיים יורש אחר, הקודם ליבם, איננה מפקיעה את דין הייבום לכו"ע. יתר על כן, עצם קיום יורש אחר הקודם ליבם, איננו מבטל בהכרח את דין היורש המיוחד שנקבע ליבם. ולכן אם היורש האחר ימות, יש מקום לומר שדין היורש המיוחד של היבם יבוא אז לידי ביטוי, ויירש הוא ולא אחיו¹⁵.

ויעויין עוד בקובץ שיעורים¹⁶ לרא"ב וסרמן ה"ד, שכתב שעל אף שטומטום יורש את אביו אם אין יורש אחר, בכל זאת אפשר שאיננו פוטר את אמו מן הייבום. הרי שאף הגרא"ב וסרמן לא סבר כדעת ה'קרן אורה' דיבום בנחלה תלה רחמנא.

אולם להלכה צריך לזכור כי כל חידושו של הנוב"י מבוסס על קושייתו החזקה של הרב הישיש אב"ד טרטקוב. אכן, שיערי תירוצים לא ננעלו, ורבים יישבו את

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

15. אם לא ייווצר אז חסרון של "ראוי", שהרי בכור ויבם אינן נוטלין בראוי כבמוחזק. כלומר, אם נסבור כדעת רש"י יבמות כד ע"ב, במחלוקתו עם הבה"ג והר"ח שהובאו בחידושי הרשב"א שם. וראה עוד להלן.

16. ב"ב סי' תעח, בהסבר השני בדעת הרשב"ם ב"ב קמ ע"ב ד"ה יורש את הכל.

הקושיא בדרכים אחרות¹⁷. ביניהם ר' משולם איגרא בשו"ת רבנו משולם איגרא סוף יו"ד¹⁸, החת"ס אבהע"ז ח"א סי' ה (וכתב שם עלה: "ונוב"י נדחק ונלחץ במה שאי אפשר לשמוע"), שו"ת שואל ומשיב קמא¹⁹, תשובה מאהבה²⁰, 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 ייולד וולד חי או שייולד נפל.

וכן כתב הגרש"ז אויערבאך "שמייד כשהכניס זרעו לתוך גוף האישה ולא מחוסר עוד מעשה בידי אדם – כתחילת הריון יחשב, ואף אם הקליטה היתה רק לאחר כמה ימים, מ"מ הולכין רק אחר שעת הביאה בין לחומרא בין לקולא" (נועם שם עמ' קנה). ובהמשך דבריו כתב שהוא הדין בנתעברה מהזרעה בלא מעשה ביאה, עיי"ש²¹.

3. המצב השלישי – הריון מהזרעה לאחר מיתה

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

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

18. הובא בליקוטי הערות על הנוב"י שם (מהד' מכון ירושלים, מפעל נודע ביהודה, תשנ"ד), אות יח.

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

20. תשובה מאהבה כת"י, הובא בליקוטי הערות שם, אות כ.

21. אמנם בסוף המאמר שם בעמ' קסה, בפרק מסקנת הדברים אות 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.

וכבר כתב ר' יוסף צבי סופר²² על הנוב"י: "ולפי"ז, 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 אמו מן הייבום, עדיין יש מקום לומר שהנולד מהזרעה מלאכותית שנעשתה לאחר מיתת האב אינו פוטר מייבום.

וכן כתב בפשיטות הרב ש"ז אויערבך 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 ייבום, ואף שלעניין 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" (נועם כרך א' עמ' קנה).

גם הרב ישראלית כתב שבכה"ג לא מתבטל דין הייבום, ואף הוכיח זאת מהגמרא יבמות דף פז ע"ב, שם מבואר שעשו מתים כחיים לעניין ייבום משום 'דרכיה דרכי נועם', שאין זה דרכי נועם לחייבה בייבום וחליצה לאחר שהותרה לשוק.

וביאר הרב ישראלית 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 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 ייבום, כשעברו על האישה צ' יום של הבחנה, אם איתא שאם אחר כך יעשה מעשה בזרע המוקפא, ויוכנס למעי אשה ויתפתח לולד, דאז יפקע למפרע זיקת הייבום 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

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

הבן אין זה דרכי נועם שתצטרך להזקק אז לייבום. ועל כן אמרינן בזה שעשו מתים כחיים (יבמות פז ע"ב), וכדפירש רש"י שם: '...הלכך על כרחך בן אין לו' בשעת מיתה קאמר, והרי יש לו'. וכמו כן נאמר גם בהא דניד"ד: על כרחך בן אין לו' בשעת מיתה קאמר, והרי אין לו'.

אמנם, לעניין ירושה חולק הרב ישראלי ולומד שכשם שהנמל"מ אינו נחשב כבנו לענין ייבום – כך גם לא יחשב כבנו לעניין ירושה, כי "איך ניתן להפריד בין ייבום לנחלה", וכן "אינו בן לשום דבר אחר, ואינו נחשב קרוב לעניין שום דבר, כולל דיני עריות, דהיינו אחווה, וכל כיו"ב, כי אין לו שייכות לאב ולא למשפחתו לשום עניין. שכן דיני משפחה למדים מדיני ייבום, ולא ניתן להפריד בין זה לזה."

מסקנתו שאינו בן לשום דבר מבוססת על שתי הנחות:

1. בכה"ג אינו נחשב כבנו לעניין ייבום, לשיטתו לעיל.

2. דיני משפחה למדים מדיני ייבום, ולא ניתן להפריד בין זה לזה.

לגבי ההנחה הראשונה, כבר ראינו לעיל שאין כאן ביטול ייחוס הבן לאביו לעניין ייבום, אלא אי-ביטול דין ייבום שנקבע בזמן המיתה לפני ההזרעה. ולכן גם אין סיבה להפקיע מהנולד הזה את דיני הירושה, וכדברי הגמרא (יבמות מ ע"א): "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 ייבום לדין ירושה ושאר דיני קורבה. למשל, הרב וסרמן הי"ד כתב²³ שעל אף שטומטום יורש את אביו אם אין יורש אחר, בכל זאת אפשר שאיננו פוטר את אמו מן הייבום. ופשוט שהטומטום נחשב כבן גם לשאר דברים, כגון איסורי קורבה ודיני ייחוסין.

על כל פנים, עצם ראיית הרב ישראלי שדין ייבום איננו מתבטל גם אם היתה לידה מהזרעה לאחר מיתה, ראייה אלימתא היא.

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

23. קובץ שיעורים ב"ב אות תעח, בהסבר השני בדעת הרשב"ם ב"ב קמ ע"ב ד"ה יורש את הכל.

1. מי מהם קודם, הבן הנמל"מ, או היבם? שאלה זו נדונה להלן.
2. אם הבן הנמל"מ קודם ליבם, האם תחזור ירושת האח המת אל היבם אחרי מות הבן הנמל"מ בלא בניס, 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 הגמרא (יבמות כד ע"ב) "מה בכור אינו נוטל בראוי כבמוחזק, אף האי [יבם] אינו נוטל בראוי כבמוחזק". לדעת בה"ג ור"ח שהובאו 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 ע"ב), וז"ל: "יבם שמת אחיו בחיי אביהן, ויבם זה את אשתו, ושוב מת אביהן, דשקיל האי יבם ירושת אחיו [אביו?] שני חלקים, אחד חלק אחיו שמת וחלק של עצמו".

בהסבר מחלוקתם כתב ראש ישיבת לייקווד, הרב אהרן קוטלר²⁴: "ובפשוטו מתפרשת המחלוקת: דרש"י מפרש 'בכור קריא רחמנא' – כאילו הוא בכור אצל האב, אבל אצל האח לא חשיב כלל בכור רק כשאר יורש, ולכן יורש את אביו אף כשמת האח קודם, דלא איכפת לן בראוי אצל האח²⁵. והרשב"א מקשה דהלא אחיו הוא יורש ולא אביו, היינו דחשיב בכור אצל האח וממילא לא יטול בראוי

24. במאמרו 'בדין ירושת יבם', בתוך ספר 'זאת ליהודה' (הוצאת בני החבורה בישיבת חברון כנסת ישראל, ירושלים תשל"ז) עמ' תקיט-תקלב.

25. אמנם אין כן דעת ה'אבי עזרי' מהד"ג, נחלות פ"ג ה"ז ד"ה ונראה. לדעתו שם, אף רש"י יודה שלמרות שהיבם יורש חלק אחיו המת בנכסי אביו אפילו אם האב מת אחרון, משום ש"אין זה מדין ירושה אלא מדין 'קום 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 מלווה דידיה) בנכסי האח המת. ויש לעיין בדבריו, ובשו"ת מהר"י ווייל סי' מא משמע כהגדרת הר"א קוטלר, ואכמ"ל.

שלו. ורש"י סובר שהוא כבכור רק אצל האב, דנוטל פי שנים בנכסיו – חלקו וחלק אחיו – מה שאין כן אצל האח דנוטל הכל".

בהגדרת שיטת רש"י כבר קדמו המהר"י ווייל בתשובה (שו"ת מהר"י ווייל סי' מא): "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"ח, 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 מאחיו. אך ראה עוד להלן.

כאמור למעלה, כל הדיון כאן הוא לצד שהבן הנמל"מ קודם ליבם. לעומת זאת, אם היבם קודם והבן הנמל"מ אינו יורש כלום במקום יבם, עדיין אין בכך הפקעת דיני ירושה מהבן הנמל"מ, שכן יש מקום לומר שבמות היבם בלא בניס, יוכל הבן הנמל"מ לקבל חלק אביו בנכסי יבם. כמו כן, לשיטת בה"ג ור"ח, אפילו בחיי היבם יירש הבן הנמל"מ בנכסי אבי אביו.

ג. מי קודם לירושה – היבם או הבן הנמל"מ?

השאלה מי מהם קודם, הבן הנמל"מ או היבם – תשובתה פשוטה לשיטת רבי יהודה דמתניתין. לדעת רבי יהודה, שיבם אינו יורש במקום אב, קל וחומר שיבם אינו יורש במקום בן²⁶, ואילו הבן הנמל"מ דינו כבן לכל דבר.

בפשטות, 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, ייתכן

26. הערת הרב אביגדר נבנצל: "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".

שת"ק סבר שאין ירושת היבם מדין אח אלא היא ירושה מיוחדת של יבם, ולכן 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 שלוש אפשרויות להבנת גדר דין ירושת יבם לת"ק:

אפשרות 1 – 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, אך לא עם דין קדימה לגבי בנו הנמל"מ.

אפשרות זו באה בחשבון משום שירושת אח היא ירושה בפני עצמה, ולא מכוח משמוש מהאב שירש בקבר, כדאיתא בריש פרק יש נוחלין (ב"ב קח ע"ב), שעל פי הה"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 אב לאח. וכן כתב הב"י (חו"מ רנ"ג, יז אות לג) גבי אחים, "דלאו מכח אב הנותן ירתו". אמנם, ב'דרכי משה' שם חולק וסובר שירושת אח היא מדין משמוש, והובאו דבריהם בשו"ת רבי עקיבא איגר²⁷. לדעת הרב קוטלר (במאמרו הנ"ל), להלכה ירושת אח איננה מדין משמוש, ולכן "האב קודם לאח דווקא כשהוא בחיים, אבל לאחר מיתה – האחים קודמים". לכן אפשר לקבל שבפרשת ייבום קבעה תורה דין קדימה לאח היבם גם כלפי אביו.

אפשרות זו היא לכאורה דעת ה'קרן אורה' הנ"ל, שהקשה על הנוב"י: "דהיכן מצינו ייבום 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 הבן.

אפשרות 2 – התורה העמידה את היבם כ'בן' (אולי אפילו כבן בכור) של האח המת, וכלשון מהר"ם אלשיך²⁸: "וקיי"ל יקום לנחלה – דהיינו כאילו הוא בן אחיו המת". ובשו"ת מהר"ח אור זרוע בשם רבנו שמחה כתב: "אבל כיון שה"ג, פירשו דנכסי האב הוי ראוי ליבם ועשו אותו כאילו הוא בנו של אחיו המת. לפי

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

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

דבריהם, מה שאומר פ' יש בכור 'לאותו נכסי אבא דאבא' – משום בכור נקט ליה. ולגבי היבם הוי נכסי האב כמו נכסי אבא, דאבא דחשיב כאילו הוא בן אחיו המת".

ומקור הדברים כמעט מילה במילה באור זרוע (ח"א הל' ייבום וקידושין סי' תרמב). כמו כן התנבא באותו סגנון גם המרדכי ריש פרק יש נוחלין (ב"ב סי' תקעו) בשם הראב"ה. וכל"כ המהרש"ל ב'ים של שלמה' (יבמות פ"ב סי' יד) 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 להלכה.

אפשרות 3 – התורה העמידה את היבם במקומו של האח המת, כלומר: "יקום על שם אחיו – שחשבינן כאילו אחיו חי"²⁹. או בלשון אחרת: "שגזירת הכתוב דעל ידי הייבום פקע כח ירושת כל הקרובים"³⁰. וכבר קדמם 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 זרוע (ח"א הל' ייבום וקידושין סי' תרמב), וכמו כן התנבא באותו סגנון גם המרדכי בפרק יש נוחלין שם בשם הראב"ה, וכן למד המהרש"ל³¹ בדעת רש"י: "אבל רש"י ור"י סוברין בפ' יש בכור שירוש חלק

29. 'אבי עזרי' מהד"ג, על הרמב"ם הל' נחלות פ"ג ה"ז.

30. לשון הרב וסרמן הי"ד בהסבר שיטת הר"ן, קובץ שיעורים, כתובות סי' רצ. וכעין זה גם ב'אבי עזרי' 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...".

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

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 שפי".

קדם לכולם רבנו גרשום מאור הגולה³², בהסבירו את שיטת אב"י בבכורות נב ע"א, שהיבם נוטל בשבח ששבחו נכסים בין ייבום 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. ודעת רגמ"ה כרש"י ור"י, שהיבם יורש חלק אחיו המת בנכסי אביהם שמת אחרי הייבום³³, 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 הטור (אבה"ע סי' קסג): "המייבם זוכה בנכסי המת ועומד במקומו ליטול חלקו בנכסי אביהן. ודוקא במוחזק, כגון שמת אביהם ואח"כ מת אחיו קודם שחלקו – אז 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

32. 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' נב ע"א.

33. מהסבר רגמ"ה (בשיטת אב"י), 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 ייטול 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.

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 גדרי ירושה.

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.

אם דינו של היבם כבן של האח המת, כדעת המהר"ח או"ז וכדברי רבנו שמחה שם אליבא דר"ח ובה"ג וסיעתם, אזי בנד"ד בן הנולד מההזרעה שלאחר מיתה יחלוק, לכאורה, בנכסי המת עם היבם³⁴, ובת לא תירש כלום במקום יבם שדינו כבן, וכמפורש בתורה ונשנה במשנה (ב"ב פ"ח מ"ב): "בן קודם לבת".

לגבי צורת החלוקה עם היבם: לשיטות הראשונים הסוברות שהתורה עשתה את היבם כבכור בנכסי אחיו המת (בה"ג ור"ח), יתכן שהיבם יירש פי שנים כדין בכור, והבן הנמל"מ יירש רק שליש. מצד שני, גם לשיטתם ייתכן שדווקא הבן הנמל"מ היה ראוי להיחשב כבכור למת, כי הוא ראשית אוננו³⁵ לו משפט הבכורה, לעומת דין "בכור" שנאמר ביבם, עליו אומרת הגמרא (יבמות כד ע"ב): "למאי הלכתא – לגריעותא: מה בכור אינו נוטל בראוי כבמוחזק, אף האי אינו נוטל בראוי כבמוחזק"³⁶. ייתכן גם שעצם קיומו של בן ראשית אוננו לאח המת מונע מן היבם להיחשב כבכור הנוטל פי שניים בנכסי האח המת.

34. והא דאמרו "כלום יש יבום אלא במקום שאין בן" (קידושין יז ע"ב, וש"נ), היינו שאין בן בשעת הנפילה לייבום, אך אח"כ יכול להיוולד בן שלא מפקיע את דין הייבום שנקבע בשעת המיתה. וכמש"כ הגרשז"א בנועם.

35. ואם נאמר שהנולד מהזרעה מלאכותית לא חשיב "ראשית אוננו", אזי לכאורה גם הנולד מהזרעה מלאכותית בחיי האב לא ייחשב כבכור. אך לא מצאתי שום פוסק שיאמר כן. וכן לא ראיתי מי שלא יחשיב כראשית אוננו וכבכור לעניין ירושה את הנולד מהזרעה מלאכותית כשהזרע נשאב על ידי רופא מדרכי הזרע של אביו.

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

אמנם, להלכה אין הבכור הנולד לאחר מיתת אביו נוטל פי שניים בנכסי האב: "מאי טעמא? 'כיר' אמר רחמנא, והא ליתא"³⁷. אך אם נכונה הסברא שעצם קיומו של בן ראשית אונו לאח המת, מונע מן היבם להיחשב כבכור הנוטל פי שניים בנכסי האח המת, אזי גם אם הבן ראשית אונו בעצמו אינו נוטל פי שניים, משום שטרם נולד בזמן מיתת אביו וחסר 'כיר', בכל זאת יחלוק בשווה עם היבם, אם הבן ראשית אונו מונע מן היבם להיחשב כבכור הנוטל פי שניים בנכסי המת³⁸.

לכן למעשה יש מקום להסתפק אם חולקין בשווה, או שהיבם נוטל פי שניים. מאחר ששניהם יורשים, אזי שליש מנכסי המת בודאי מגיע הן לבן והן ליבם, וכל הדיון הוא רק לגבי השליש השלישי, התלוי בדיני ירושת הבכור, לגביו אנו מסופקים³⁹. מכאן שליבם אין פחות משלוש שישיות (חצי) ולבן אין פחות משתי שישיות (שליש), הרי ש"פ"ש להו דנקא, הוי ממון המוטל בספק, וחולקין"⁴⁰, והוא הדין גם בספיקא דדינא כדאיתא בשו"ת תשב"ץ (ח"ב סי' רעב): "ומצינו בהרבה 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

37. ב"ב קמב ע"ב; רמב"ם הל' נחלות פ"ב ה"ב; שו"ע חו"מ רעז, ג.

38. ואף שבן הנולד 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 אונו, אף שנולד מהזרעה לאחר מיתה. ולכן ייתכן שדין הבכורה של היבם פוקע עם לידת "ראשית אונו" ממש.

39. אמנם ראה בפתחי תשובה חו"מ רפא, ז, מחלוקת הפוסקים אם יש דין בכורה כאשר לא קיים פשוט בזמן מיתת האב. לדעת השבות יעקב (ח"ג סי' קעד), גם במקום שעדיין לא נולד הפשוט (או לא נקרע הטומטום) בזמן מיתת האב – בכל זאת מתקיים דין ירושת הבכור, שייטול שני חלקים והפשוט שנולד לאחר מיתה ייטול 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 וייטול 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 – אפילו הכי לא ייטול פי שניים, שכן אין דין ירושת בכור במקום שלא היה פשוט עמו בזמן מיתת המוריש. וע"ע בדבר אברהם ח"א סי' כז.

40. יבמות לז ע"ב - לח ע"א, לגבי ספק במציאות.

מחברו עליו הראיה. וכללא דמילתא הכי הוא, שאם הדבר שנפל בו הספק אין לאחד מהן חזקה יותר מחברו – דנין בהם יחלוקו".

כלומר, דכל היכא שאין מוחזק ואין מרא קמא, גם בספיקא דדינא, לכו"ע ממון המוטל בספק חולקין. משום כך, בנד"ד, אף שלא מדובר בספק של בעלי התלמוד, מסתבר שיחלקו את השישית הנותרת. עדיין יש לדון כאן בדיני תפיסה, ואכמ"ל. כל האמור כאן בשלא קדם הייבום בפועל ללידת הבן הנמל"מ. אך אם קדם הייבום, העיר לי מו"ר הג"ר אביגדר נבנצל, שאולי נחשב הבן [הנמל"מ] מוציא מיד היבם. ואכן, אם היבם כנס את יבמתו לא רק לפני הלידה אלא לפני ההזרעה ממנה נולד הבן הנמל"מ – לכאורה פשוט שהיבם מוחזק בנכסים. שכן אין לך מוחזק גדול ממי שירש כדין ובעת שירש לא היה שום ספק בעולם על היותו יורש, ורק אחרי שירש הנכסים ללא עוררין נולד ספק אם לידה שהתחדשה אח"כ משנה את דין הירושה. לכן, אם קדם הייבום בפועל להזרעה ממנה נולד הבן, ואולי גם אם קדם הייבום רק ללידתו – נחשב הבן הנמל"מ כמוציא מיד היבם, כמו שהעיר הגר"א נבנצל. היבם יחזיק בירושת אחיו, והבן הנמל"מ ייטול 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 **ייבום בפועל**, שכמעט אינו מצוי בינינו היום.

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 הנולד לו מההזרעה לא יירשנו, 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 – יירש 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 בשווה את נכסי אביהם, ובנו של האח המת יירש את חלק אביו בנכסי אבי סבו.

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 הרב ש"ז אויערבאך, לחלק בין דין ייבום שנקבע בשעת מיתת האב לבין דין ירושה שיכול לחול גם מאוחר יותר: "ואף שלענין ירושה שפיר נקרא [הנולד 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" לקבע את הדין בשעת המיתה בלא שישתנה אחר כך. ייתכן שזו היתה באמת הבנת ה'קרן אורה' בדעת הנוב"י, שהקשה עליו: "היכן מצינו ייבום שלא במקום נחלה? וזה הבן יורשו ואחיו מיבם".

ואם כן, אזי גם לסוברים שדין היבם בירושה כבן של המת, וגם לסוברים שהיבם קם לירושה כאילו הוא עצמו האב המת, בכל זאת מתבטל דין "יקום על שם המת לנחלה" ברגע שנולד אחר כך בן ממש, אע"פ שמצות ייבום 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 ביבמות (לה ע"א) לגבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, וכמו שפסק הרמב"ם (נחלות ה, א) גם בספקא דדינא לגבי מי שמת

והניח בן ואנדרוגינוס⁴¹: "זה הכלל ביורשין: כל שני יורשין שהאחד מהן יורש ודאי והשני ספק – אין לספק כלום"⁴².

הא דאמרין כאן "אין ספק מוציא מידי ודאי", פשוט הוא כאשר היבם לא כנס את יבמתו לפני ההזרעה ממנה נולד הבן הנמל"מ. אך אם קדם הייבום בפועל להזרעה, ואולי גם אם קדם הייבום רק ללידתו, הרי היבם מוחזק, והראשונים חלוקים בשאלה אם מסברת "אין ספק מוציא מידי ודאי" ניתן להוציא ממון ממוחזק, וצ"ע לדינא.

סיכום

1. מסתבר לדינא כדעת הרב ש"ז אויערבאך, שהנולד מהזרעה לאחר מיתה נחשב בנו של המת לכל דבר, הן לעניין איסורי קורבה, הן לעניין יחסין והן לעניין ירושה. ולכן שלא במקום ייבום 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 לעניין 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 הרש"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 וראב"ה"⁴³, וכך נפסק להלכה בטור ובשו"ע.

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

42. מכאן נובע שלדעת החיד"א (הנ"ל) 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 לעיל.

5. בשאלת מעמדו של היבם בנכסי אחיו המת, אם כאח-עדיף או כבן או כעומד במקום המת כאילו הוא חי – נראים להלכה דברי האו"ז ובנו המהר"ח או"ז, הסוברים כי יבם דינו כבנו של האח המת, וכמו שכתבו גם הראב"ה ורבנו שמחה בדעת בה"ג ור"ח שנפסקה להלכה, כמותם כתב גם המהרש"ל בים של שלמה, וכן כתב בפשיטות גם מהר"מ אלשיך בתשובתו.
6. למרות שהיבם דינו כבנו של האח המת, בכל זאת יש להסתפק במקום ייבום 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 ייבום 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 ייבום 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 ביבמות לגבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, וכמו שפסק הרמב"ם (נחלות ה, א) גם בספיקא דדינא.
- הדברים פשוטים כל עוד היבם לא כנס את יבמתו לפני ההזרעה ממנה נולד הבן הנמל"מ. אך אם קדם הייבום בפועל להזרעה, ואולי גם אם קדם הייבום 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 לייבום, בין במקום חליצה ובין במקום ייבום בפועל – הנולד מהזרעה לאחר מיתה הרי הוא בן לכל דבר, יורש את כל נכסי אביו ואין ליבם כלום בנכסי אחיו המת, למרות שמצות ייבום במקומה עומדת ולא פקעה.

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

8. במקום ייבום 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 להיחשב כ'ראוי' לשיטת בה"ג ור"ח שנפסקה להלכה, אך מצד שני – ייתכן 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 לפשר ולומר '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.