

שיעורי הגר"א עוזר שליט"א

בענין:

ספק יורש

- ק"ע -

נמסר בשבת פרשת פינחס ה'תש"ע

נכתב בידי הרב יוסף בן ארזה שליט"א

בשבת פרשת מטות-מסעי יחל השיעור בשעה 5:45 אה"צ אי"ה ויהיה בענין: 'חצי שיעור בנדר ובשבועה' [מנחה ב- 5:20 ואחרי השיעור].

המארגנים

לקבלת השיעורים באימייל יש לכתוב בקשה לכתובת:
timnal@zahav.co.il

ספק יורש

נשאר באותה רשות-ממונית כשהיה. ודברנו בזה כמה פעמים,^א ונחזור כאן על עיקרי הראיות;

הנה ישנם דברים שאין בהם אפשרות הקנאה, אם משום שאין כח ביד המקנה להקנותם כגון דבר שאינו ברשותו ודבר שלא בא לעולם, או משום שהדבר עצמו אינו בר הקנאה כגון דבר שאין בו ממש, ואעפ"כ הירושה חלה גם עליהם, וכגון נגזל שמת - בנו יורש את הגזילה והגזולן חייב להשיבה לו, הגם שאינה ברשות בעליה ואי אפשר לו להקנותה, וביאר הנתיבות מפני שאין חלות הירושה נפעלת בנכסים, להיותם עוברים מהכא להתם, אלא נכסים כדקיימי קיימי והיורש הוא זה שקם תחת מורישו, וממילא הוא שכל זכות שהיתה לו למוריש בנכסיו מעתה היא של היורש, כך לי אם יש בנכסים ממש אם אין, או הם ברשותו להקנותם אם לאו.

וה**וכחה** גדולה לכך שאין בירושה גדר 'העברת רשויות', מדקיימא לן כרבא (בב"ק קיא: וב"ב מד.) דרשות יורש לאו כרשות לוקח, שהגזול חפץ ונתיאשו בעליו ממנו ומת הגזולן - לא קנו בני הגזולן ביאוש ושינוי רשות כדין הלוקח מן הגזולן, ופירש רשב"ם (ב"ב שם) דירש כרעיה דאבוה הוא וכברשות גזולן מורישו דמי. וכך פירשו הראב"ד והרמ"ה (בשטמ"ק ב"ק שם). והיא היא הסברא האמורה, שבמכירת חפץ נשתנה רשות החפץ הגזול מרשות גזולן לרשות לוקח, משא"כ בירושה לא נשתנה רשות החפץ אלא שהבן קם תחת אביו באותה רשות ממונית שהיתה לו, הלכך אין כאן 'שינוי רשות'.

וה**דברים** מתבארים ממה שאמרו (ב"ב קיט: והובא בקיצור בפרש"י פינחס) בנות צלפחד חכמניות היו, שהיה משה רבינו יושב ודורש בפרשת יבמין, אמרו לו אם כבן אנו חשובין תנה לנו נחלה כבן ואם לאו תתיבם אמנו. מיד ז'יקרב משה את משפטן לפני ה'. ומהי ענין ההשוואה בין דין יבום לנחלה -

אך כבר מבואר ר"פ יש נוחלין שדנו בגמרא אם הבן קודם לאח כפשטיה דקרא שהרי קם תחת אביו ליעוד ולגאולת שדה אחוזה, או דלמא האח קודם שהרי האח קם תחת אחיו ליבום, והסיקו שהבן קודם, דכלום יש יבום אלא במקום שאין בן, הא יש בן אין יבום. ובאור הסוגיא כפי שפירשו הרמ"ה ובעה"מ שם, שהואיל וגדר הירושה הוא שהיורש קם תחת המת, יש לנו לדון איזה יורש עדיף לקום תחתיו; הבן, שמצינו שקם תחת אביו לענין יעוד ושדה אחוזה, או דלמא האח שקם תחת אחיו ליבום כדכתיב קרא י'קום על שם אחיו המת'. ומסקינן דהבן קודם שהרי כשיש בן אין יבום והרי זה משום שהבן קם תחתיו, וכלשון בעל המאור 'שתהא רואה את הבן כאילו אביו (כצ"ל) קיים', וכיו"ב ביד רמ"ה.

הרי שדין היבום ודין הירושה ענינם אחד, להיות קם תחת המת. ובזה יוטעם הדין דהיבם נוחל את כל נכסי אחיו המת וקודם בירושה לאביו ולשאר אחיו של המת, וילפינן לה מהך קרא גופא ד'יקום על שם אחיו המת' - והיינו משום שענין היבום שוה עם ענין הירושה לקום תחת המת ולעמוד במקומו. וא"כ הרי זוהי טענת בנות

א תנן ביבמות (ק.) מי שלא שהתה אחר בעלה שלשה חדשים ונשאת וילדה ואין ידוע אם בן תשעה לראשון אם בן שבעה לאחרון, אינו יורש לא את הראשון ולא את השני, שבני הראשון מדחים אותו לומר אין אתה בן אבינו, וכן בני השני. והטעם מתבאר בגמרא (שם לז: לח.) משום דאינהו ודאי ואיהו ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי [ע"ש דמדמי לה לדין 'ספק ובני יבם' בנכסי יבם' ול'ספק ויבם בנכסי סבא', דאין ספק מוציא מידי ודאי].

וה**נה** התוס' ריש ב"מ הקשו, למה לא אמרינן הכי גבי שנים אוזוין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, דתנן זה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע - ואמאי לא אמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי, שהאומר כולה שלי יש לו בה חצי בודאי, שהרי אף השני מודה לו על כך, והאומר חציה שלי ספק אם יש לו בה כלום. ותירצו דהיא דיבמות אותם הודאיים יורשים בודאי ולא יוציא זה הספק את ממונם מספק אבל בטלית מה שהוא ודאי בחציה אין סברא שיועיל לו לחצי השני. ולא פירשו התוס' כוונתם, שעדיין יש מקום לשואל לשאול דבירושה נמי נימא הכי, הלא אין לבנים הודאיים זכות ודאית בכל הנכסים [דשמא זה הספק הוא אחיהם וגם לו יש חלק] ומדוע תועיל ודאות של חלק על הכל, כשם שבטלית לא מהני ודאי בחצי כלפי כולה.

ו**אפשר** לכאור חילוק התוס' בשני אופנים. האופן האחד פירשו הגריי"ר מפוניבז' (בחדושי שם סי' ג) והגר"י אברמסקי (בחזון יחזקאל ריש ב"מ) וכבר קדמם בחדושי חמדת שלמה (שם), על פי מה שהניחו לייסד [וכן נקט הגר"ח בהל' תרומות, כמו שיובא להלן בע"ה] שהיורש יש לו זכות ירושה בכל הנכסים, גם כאשר יש עמו יורשים נוספים, שלא כשותפים דעלמא שלכל שותף יש בעלות וזכות רק על חלק מהנכסים כפי חלקו בשותפות, אבל היורשים יש לכל אחד ואחד מהם זכות בכל הנכסים, אלא שבאופן מעשי כשבאים ליטול בפועל את הירושה חייבים לחלוק ביניהם ונוטל כל אחד מקצת מהנכסים [ולהלן יתבאר יסוד הדבר]. ולפי זה בארו שלכן בירושה אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, כי לזה שהוא יורש-ודאי יש זכות ודאית בנכסים כולם אף לפי הצד שיש כאן יורש נוסף, דמ"מ זכות הירושה קיימת ליורש בכל הנכסים, ושפיר יש כאן 'ודאי' מול 'ספק' כלפי כל הנכסים, משא"כ בשנים אוזוין בטלית, לפי הצד שהם שותפים הרי אין לו לאומר 'כולה שלי' זכות ודאי בכל הטלית אלא בחציה, שאין לשותף זכות בנכסים אלא כפי חלקו, הלכך אין מועיל ה'ודאי' שעל החצי ליתן לו עדיפות בחצי השני.

וה**אופן** השני שאפשר להבין חילוק התוס' [רמזו לו בקצרה הגריי"ר שם בתחילת דבריו] יבואר עפ"י ההבחנה היסודית שיש בין האחרונים (נתיבות המשפט רעו סק"ד, הגריי"ר שם, והגרש"ק בכתובות מז) בין הקנאה לירושה; בהקנאה, החפץ הוא שעובר מרשות אחת לרשות אחרת, ואילו בירושה אין החפץ מחליף רשות אלא הגברא התופס את הרשות הוא המתחלף, כלומר היורש קם תחת המוריש ומחזיק מעתה את רשותו הממונית ואילו החפץ

א שיעורים טז, ד; לח, ג; ט, ג; ע, ג; קסב, ב.

ב ע' יבמות יז: ובפרש"י דיבום בנחלה תלה רחמנא. ואף למש"כ שם הרמב"ן (עפ"י הגמ' מ.) דאינו תלוי בהכרח בנחלה, מ"מ ענינם אחד וכפשטיה דקרא דרות. וע"ש שם כד. ברשב"א ובמאירי.

שהיתה של המת, אלא שעכשיו יש לאותה רשות-ממונית כמה 'נציגים', והרי כל אחד ואחד מן היורשים הוא אחוז בכלל הנכסים של תפוסת הבית, שהרי הכל תחת בעלות אחת בלא התחלקות.

אמנם, מאחר שבאנו לכך שוב יש להסביר חילוק התוס' באופן שני, שהואיל ונתבאר שדין ירושה בעיקרו אינו חלות דין בנכסים אלא בכך שהיורש קם תחת המוריש, הרי יש לומר שכשיש נידון בבית דין מי הוא היורש, לא הנכסים הם העומדים לפנינו בספק אלא הנידון הוא על עיקר חלות שם 'יורש', מי הוא זה העומד תחת המת לתפוס את רשותו-הממונית, ואף כי ממילא הקם תחת המת הוא זה הזוכה בנכסים, אבל אין זכיית הנכסים שבפועל שורש הנידון אלא שם 'יורש'. ואם כן, הרי חלוק זה מנידון שנים אוחזין בטלית, ששם הממון עצמו הוא זה המוטל בספק, על כן אין סברא לומר שהספק על חצי טלית לא יוציא מידי ודאי שבחצי האחר, שאין זה אותו 'ממון', משא"כ בספקות דירושה לא הממון הוא המוטל בספק אלא ה'יורש' בספק [כלומר הרשות הממונית של המת בספק מי הוא התופס בה], הלכך שפיר אמרין דאין ספק-יורש מוציא מידי ודאי-יורש.

[**בקצרה** עד כאן: יסוד מוסד הוא בלא חולק שהירושה עצמה אינה נבחנת כחלות דין ישיר בנכסים אלא ב'רשות' הממונית. אלא שלפי האופן הראשון, כל ספק בירושה נידון כספק על הנכסים, שהרי על הנכסים נסוב הדין-ודברים בפועל, ומה שדנים 'אין ספק מוציא מידי ודאי' הוא מפני שהיורש הודאי הוא 'ודאי' על כל הנכסים, משא"כ בשנים אוחזין בטלית שהודאי אינו אלא על חצי טלית. ולפי האופן השני אולינת בתור שורש הספק, הלכך כל ספק בירושה נבחן כספק בעיקר חלות שם יורש ולא כספק על הנכסים, ומפני כן הוא דדיינינן אסממ'ן].¹

ב) ונראה שבשתי דרכים אלו נחלקו הרמב"ם והרא"ש, והולכים המה לשיטתם בכמה מקומות. דהנה תנן (ב"ב קלט:): מי שמת והניח בנים ובנות, בזמן שהנכסים מרובין הבנים יירשו והבנות יזונו [כלומר דין ירושה דאורייתא נשאר על מכוננו, אלא שהבנים חייבים לזון הבנות מתנאי כתובה שתקנו חכמים שחייב אדם במזונות הבנות מנכסיו לאחר שימות], נכסים מועטין [שאינן בהם כדי לזון הבנות עד יב"ח או עד דתבגרן] - הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים.

וכתב הרא"ש שאם הניח טומטום וכת הנכסים מועטים - הבת מקבלת הכל והטומטום מפסיד, מפני שהבת ודאי והטומטום ספק [שאם הוא בן, וכתה הבת לבדה והוא ישאל על הפתחים, ואם הוא בת, עכ"פ לבת הודאית יש פלגא] ואין ספק מוציא מידי ודאי, וכההיא דיבמות. וכן פסק בנו בטור חו"מ (רפ). ואולם מדברי הרמב"ם (נחלות ה, א-ב) מדויק [כמוש"כ הלח"מ שם ודלא כהב"י שדחק להשוות דברי הרמב"ם עם הרא"ש] שאפילו

1 ולפי שני האופנים יתא הדין שאפילו יש עדים שחצי הטלית שייך לאומר 'כולה שלי', אין אומרים אסממ'ן כלפי החצי השני, וכן מפורש בריטב"א יבמות לח. אך י"א שודאי חצי מהני גם על החצי השני ושאינו הריא דשנים אוחזין שאין לזה זכות ודאית בחצי אלא מכח הודאת פיו של השני ולכן אין לו כח 'ודאי' אלא במה שעושה אותו הלה ודאי (עפ"י שטמ"ק בשם הרא"ש והגהות מרדכי ריש ב"מ).

2 לענ"ד צדקו דברי הב"י, דבהלכה א לא מיירי הרמב"ם כלל במזונות הבנות כמבואר בדבריו, ומיירי בנוגא שאין להם מזונות כגון בוגרות או נשואות, ועל זה כתב ד'הבנות והטומטום יורשות בשוה והרי הוא כאחת מן הבנות' [משא"כ בהלכה ב דמיירי במזונות, דקדק שלא לכתוב לשון 'ירושה' על זכיית הבנות בנכסים]. והוא מוכרח ממה שכתב באותה הלכה שאם הניח בן וטומטום הבן יורש הכל מפני שהטומטום ספק - ואמאי אין לו עכ"פ מזונות כתב ממ"נ, אלא על כרחך דלא מיירי במזונות וכמוש"כ הב"י. [וצ"ע במה שדקדק הנתיבות (רפ סק"ק) מלשון הש"ע שהעתיק לשון הרמב"ם ולא חילק בין נכסים מרובים ומועטים, והלא הב"י גופיה כתב שאין ראייה מלשון זו, דלא מיירי במזונות, והיאך אפשר לדייק מלשוננו להפך ממה שכתב בעצמו].

צלפחד החכמניות: אם הבת חשובה כבן להיות קמה תחת אביה, בדין הוא שתינתן לה נחלה, ואם לאו - שאין אנו חשובות לקום תחת אבינו - בדין הוא שתתייבם אמנו כדי לקום תחת המת.

ויסוד זה, שגדר הירושה הוא שהיורש קם תחת המוריש ברשותו הממונית, מתבאר גם כן מדברי רש"י (בחולין כה: ובבכורות נו.) בפירוש המשנה דשותפים פטורים ממעשר בהמה דכתיב 'יהיה לך' [ולא 'לכם'], אבל יורשים קודם שחלקו חייבים, ופרש"י משום דממון אביהם בחזקתו עומד. וכתב מהר"ח או"ז (בתשו' קכא) עפ"י ד"ר רש"י שקודם חלוקה 'הממון של האב וכח האב על הממון'. ואין הכוונה שהמת הוא הבעלים על אותה רשות ממונית של תפיסת הבית, שהרי ודאי אין בעלות למת, אלא הכוונה שרשות האב עדיין קיימת, והבנים עומדים תחת אביהם להיות ה'נציגים' של אותה רשות ממונית, הלכך קרינן ביה 'לך' שלא כשותפים דעלמא. והלא אם גדר הירושה היה שהנכסים עוברים מרשות מוריש לרשות יורש, הלא ברור שכשיש כמה יורשים הרי הם עוברים לכמה בעלים, אך היות והנכסים עומדים במקומם והיורשים הם שבאו תחת המת להחזיק את רשותו, שפיר דיינינן לתפוסת הבית כבעלות אחת, היא הרשות הממונית של 'תפוסת הבית', וקרינן בהו 'יהיה לך', ורק כשבאים לחלק הנכסים ולפרק את הרשות הזו נעשה כל אחד בעלים לעצמו על חלק מהנכסים, אבל קודם חלוקה יש כאן רשות אחת שיש לה כמה 'מייצגים'.

והנה הגרא"ו (קובץ שעורים ח"ב יב) והגרנט"ט (ב"ב סי' קצג) והכלי-חמדה (פינחס) נקטו שיסוד זה הוא דוקא בבן היורש, דברא כרעא דאבוה והריהו קם תחת אביו, אבל לא בשאר יורשים. ובכלי חמדה ביאר לפי זה לשון הכתוב 'איש כי ימות וכן אין לו והעברתם את נחלתו לבתו וגו' ונתתם את נחלתו לאחיו וגו' ונתתם את נחלתו לאחי אביו' דמשמע שבבן אין 'העברה' או 'נתינה' של נחלה אלא דממילא קם הוא תחת אביו. ואולם מכל ההוכחות הנ"ל מבואר שאין הדבר כן אלא כך הוא הגדר בכל היורשים שהם נכנסים תחת המת [ושאמרו (בעירוין ע:): יורש כרעיה דאבוה הוא, הוא הדין לכל מוריש אלא דוגמא בעלמא נקטו את היורש הראשון], שהרי גם בשאר יורשים יש ירושה בדבר שאין בו ממש ודלבל"ע ודבר שאינו ברשותו, וגם בהם אמרין רשות יורש לאו כרשות לוקח, ואף בשאר יורשים יש חיוב מעשר בהמה קודם חלוקה. וצדדנו במקום אחר¹ שאולי יש מקום לדברי האחרונים הנ"ל רק בדעת רבנו הלל (אמור) ורלב"ג (משפטים), וגם זה אינו מוכרח. ואולם לרוב ככל הראשונים (בב"ב קנט ועוד) מוכח שכן הוא הגדר בכל יורשים, וכך נראה מכל הראיות הנ"ל כאמור. [ולענין דיוק פשוטו של מקרא, נתבאר במק"א"ש שאף כי אין חילוק בגדר דין הירושה בין בן לשאר יורשים, אבל יש חילוק בסיבת חלות שם 'יורש', שכל היורשים יורשים מכח היותם 'משפחתו' של המוריש ואילו בבן יש כח ירושה נוספת מצד היותו ככרעא דמולידו אף בלא קורבת משפחה, שלכך הבן יורש את אמו, מצד היותו כ'ירך אמו' (כמליצת הרשב"ם ב"ב קטו) הגם שמשפחת אם אינה קרויה משפחה].

אם כן, הרי לפי האמור מוטעם יסוד האחרונים הנ"ל שלכל יורש יש זכות בכל הנכסים, שלא כבשותפין דעלמא - שהרי בעצם לא נפעל בנכסים עצמם שינוי רשות אלא כולם נמצאים באותה רשות

ג ע"ע שיעור לח, ג-ב.

ד ע' בשיעור קסב, ב.

ה ע"ע ובשיעורים טז, ד-ה טט, ג, וע"ע שיעורים ה, ג-ד ט, ב.

בנכסים מועטים הבנות והטומטום יורשות בשוה והרי הוא כאחת מן הבנות. וצריך עיון למה אין אומרים כאן אין ספק מוציא מידי ודאי וכמוש"כ הרא"ש בפשיטות.

אכ"ן כאן ה'ודאי' שונה מההיא דלעיל, דהוא דיבמות מיירי בבן ודאי ואילו כאן הבת יורשת בודאי רק מכח 'ממה נפשך', שאם הטומטום נקבה, הרי הבת יורשת מכח ירושה דאוריתא של בת, ואם הטומטום זכר הריהי נוטלת מכח תקנת חכמים דמזונות הבנות. א"כ אפוא פלוגתת הרמב"ם והרא"ש היא אי אמרינן אסממ"ו בודאי שמכח ממה-נפשך, ובמאי פליגי - נראה דהרא"ש ס"ל שדנים על זכות הנכסים בפועל, והרי הבת זוכה בהם בפועל בתורת ודאי, ואילו הרמב"ם סובר שיש לדון על שורש הספק ולא על הזכות שבפועל, ועל כן נוקט שאין הבת בגדר 'ודאי' שהרי היא מסופקת אם שם 'יורש' עליה או שזוכה מדין אחר. הרי לנו דלהרמב"ם אין דנים אסממ"ו אלא כשהודאות בשורש הספק, והיינו דוקא בדין ירושה שהנידון הוא על חלות שם יורש ולא על הנכסים [כהאופן השני הנ"ל], אבל כל שבשורש הדין אינו יורש ודאי, רק מצד זכיית הנכסים בפועל, בזה ס"ל דלא אמרינן אסממ"ו. ואילו הרא"ש סובר שאף בספק על הנכסים דיינינן אסממ"ו, שכן לדעתו בכל ספק יורש הנידון הוא על הנכסים ולא על שורש הדין, והואיל ויש ליורש זכות בכל הנכסים אף אם ישנו יורש נוסף, לכן דיינינן אסממ"ו [כהצד הראשון], והכא נמי יש לבת זכות בכל הנכסים ממה נפשך, אם משום מזונות הבנות [להצד דהטומטום זכר, שאז נוטלת הבת הכל בפועל] או משום שהיא בת היורשת [להצד דהטומטום נקבה, ואז יש לבת זכות בכל הנכסים כדין כל יורש].

ומדריק הדבר בלשון הרמב"ם בפתחת אותו הפרק: 'זה הכלל ביורשין, כל שני יורשין שאחד מהן יורש ודאי והשני ספק אין לספק כלום' - דקדק לומר שזהו כלל ביורשין, והרי לכאורה כלל זה שייך לכל ספק ממון. אכן לשיטתו דוקא בירושה אמרינן כן משום שאין זה ספק על הממון אלא על עיקר חלות שם יורש, משא"כ בספק ממון דעלמא לא דיינינן אסממ"ו בכגון זה.

ובזה יובן עוד מה שמבואר בדברי הרמב"ם שם דבגוונא דטומטום ובת בנכסים מרובים - יחלקו בשוה, ותמה הגרעק"א (בתוספות על המשניות רפ"ט דב"ב) אמאי לא נימא אין ספק מוציא מידי ודאי, הלא הטומטום יורש ודאי, אם כבן אם כבת, והבת אינה אלא ספק [שמא הטומטום זכר והיא אינה יורשת כלום] ובדין הוא שהטומטום יטול הכל כדין ספק וודאי דאין לו לספק במקום ודאי כלום. אך להנ"ל אתי שפיר כיון שהטומטום אינו ודאי בשורש הספק, שהרי אין ידוע אם כח ירושתו מתורת בן או מכח בת בין הבנות, ובכי האי גוונא אין אומרים אסממ"ו להרמב"ם כנ"ל.

והנה דעת הרא"ש (שם). וכ"ה בטור וברמ"א חו"מ רפ"ט) שבאופן זה הטומטום נוטל שלשה חלקים והבת רביע, שהרי על פלגא אין מחלוקת שהוא יורש [אם כבן אם כבת] והנידון הוא רק על פלגא הלכך יחלקו אותו פלגא, וכדין שנים או חזין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי. [ולדבריו אכתי קיימא קושית רעק"א מ"ט אין אומרים אסממ"ו ויטול הטומטום הכל, שהרי נתבאר

ח וכאן יש תוספת חידוש, שאף שהוא יורש ודאי ומה לי שאין ידוע לנו אם מתורת בן הוא יורש או מתורת בת, סובר הרמב"ם דכל שאין ודאות בשם הירוש לא אמרינן אסממ"ו, ולא דמי לבן וטומטום שאין לטומטום כלום הדתם שם יורש של הבן ודאי. ונראה לבאר הטעם, דלעולם אנו דנים דין הירושה כפי הסדר המפורט בתורה; תחילה דנים האם יש לו בן אם לאו, ואם אין לו בן או שהבדל ספק, דנים אם יש לו בת וכו', הלכך כל שם יורש נידון לעצמו. [ויתכן שהדבר נוגע בשיטת הרמב"ם הכללית דסד"א לקולא מהתורה, ד'חלב' שאמרה תורה פירושו חלב ודאי ולא ספק, וכדילפינן מ'מזור' ודאי ולא ספק. והכי נמי כאילו אמרה תורה 'ובן-ודאי אין לו']

דהרא"ש ס"ל דאולינן בתר הנידון שבפועל ולא אכפת לן בשורש הספק. ובע"ה יבואר בסוף דברינו]. ואכן דעת הרמב"ם צריכה באור מאי שנא משנים או חזין בטלית דאמרינן מנתא דקא מודי ליה שקיל ואידך פלגא יחלקו [וכדאמרינן הך סברא ביבמות לח.].

אכ"ן לפי האמור בשיטת הרמב"ם ניחא, כיון שלשיטתו הנידון הוא על עיקר שם יורש ולא על הנכסים, דמהאי טעמא אין אומרים אין ספק מוציא מידי ודאי שהרי אינו 'ודאי' בעיקר שם יורש, א"כ מהך טעמא גופא גם אין אומרים 'מנתא דידיה שקיל' שהרי אין גוף הנידון על חלקו בנכסים שהוא ענין מסתעף, אלא על שם יורש אנו דנים, וכיון שלענין תורת שם 'יורש' אינו ודאי אם הוא בן או בת, אין לו כאן 'מנתא דידיה'.

ג) והדברים מוכחים בדין נוסף שכתב הרמב"ם, דביבמות (לו לח) דנו בגמרא בספק ובני יבם בנכסי מיתנא, כלומר אשה שנתבמה בלא המתנת חדשי הבחנה ונולד בן ספק בן ט' לראשון או בן ז' ליבם, ואח"כ מת היבם, ועתה באים הספק ובני היבם לירש את המת הראשון, הספק אומר אני בנו ואירש הכל, והם אומרים אחינו אתה ותיירש עמנו [שהרי לדבריהם מת הראשון בלא בן ויבם אביהם כדין, וירש היבם את אחיו ועתה הם יורשים אותו]. והסיקו בגמרא דאיהו ואינהו ספק, אך אין מבואר כיצד הדין. ופרש"י: נראה בעיני דההיא מנתא דקמודו ליה שקיל, ואידך הוי ממון המוטל בספק וחולקין, הוא נוטל החצי ובין כולן החצי. וכן כתב הרא"ש. ואולם הרמב"ם (נחלות ה"ד) סתם וכתב יחלקו, הספק נוטל מחצה ובני היבם מחצה. והמ"מ נטה מדבריו וכתב שנראה כרש"י, וכ"כ הרשב"א והריטב"א. ואכן דעת הרמב"ם צריכה באור דמאי שנא משנים או חזין בטלית שעל החלק שהכל מודים שהוא של האחד, הוא נוטלו, ורק על החלק הנתון בויכוח יחלקו, והכי נמי בדין הוא שיטול הספק החלק שמגיע לו בודאי [שהרי גם לדבריהם מגיע לו כמותם], ורק על השאר יחלקו.

אך לפי האמור בשיטת הרמב"ם לא קשה, שכיון שלשיטתו הנידון הוא לעולם על עיקר שם יורש א"כ אין לומר 'מנתא דידיה קשקיל', שהרי עיקר שם יורש שלו בספק, שמא הוא בנו שמא אינו בנו אלא בן אחיו, ורק כשהנידון הוא על הנכסים שייך לומר שחלק הנכסים שהוא ודאי שלו בפועל - יטול, אבל בירושה לא דנים על הנכסים אלא על שורש הספק, מי קם תחת המת, וכלפי זה הרי הוא בספק כמותם הלכך יחלקו. ואילו הרא"ש לשיטתו שאף בירושה הספק הוא על הנכסים, הלכך דמי לשנים או חזין. [ומ"מ כאן אין אומרים אסממ"ו, הגם שלספק יש ודאי זכות ירושה בכל הנכסים ובני היבם בספק - דשאני הכא שכל עיקר ירושתו מסופקת, דהוא בספק את 'מי' ירש [ולא רק מכח 'מה' ירש], אם ירש את המת בשעה ראשונה או שמא אינו בנו וירש את היבם לאחר מכן, והרי הם שני מאורעות נפרדים שעל כל אחד יש ספק לעצמו, הלכך אין זה נידון כודאי, כדאמרינן התם בגמרא].

וכבר נמצא לאחד מן הראשונים ככל הדברים האלה; בחדושי רבנו אברהם מן ההר שם הביא שיש שסיעו לפרש"י והקשו על הרמב"ם

ט נראה לכא' לישב דאף הרא"ש אולינן בתר שם יורש שהוא שורש הספק, ושאיני נכסים מועטים דהבת נחשבת 'ירוש' בודאי, ש"ל דס"ל דגדר תקנת מזונות הבנות היתה דבנכסים מועטים הבנות ירשו תחת הבנים. ובוה ניחא נמי קושית הנתיבות (רפ סק"ט) על הרא"ש הלא הבנות הוו ספק כמו הטומטום שהרי לפי הצד שהטומטום בת אין כאן תקנת מזונות מעיקרא והוי כספק בעיקר החיוב. אך להאמור הבת נחשבת 'ירוש' מ"מ, אם מצד דין תורה (כשהטומטום נקבה) או מצד תקנת המזונות (כשהטומטום זכר). אלא דאכתי יש לשאל בשיטת הרא"ש גופא, לפי המובא בשטמ"ק (הג"ל) בשמו ד'ודאי' בחצי טלית עפ"י עדים מהני כלפי החצי האחר, הרי דאמרינן אסממ"ו אף בספק ממון דעלמא, וא"כ נימא כן בנכסים מרובים דהטומטום ודאי עכ"פ על חצי והבת ספק שמא אין לה כלום. וי"ל דשנים או חזין שאני דכיון שיש עדים שהחצי ודאי שלו הרי בפשטא דמלתא גם החצי השני שלו אלא אם כן יוכח אחרת, הלכך השני שטוען חצי שלי נחשב 'מוציא', אבל הכא הודאות שיש לטומטום על חצי הוא מכח שהוא נקבה, והרי סיבה זו מחייבת חצי בלבד, הלכך אין הבנות נחשבות כמוציאות ממנו.

ירושה. והרשב"א חלק על עיקר יסוד זה שהפקיעו מהקרובים שם יורשים וממילא נשאר המקבל כיוורש הקרוב, דמה מהני שיפקירו מהקרובים, סו"ס היאך זה הרחוק יירש [ונקט דשפיר איתא לתקנת מתנת שכ"מ אף במקדיש. וראה בספר החינוך (ת) שהאריך שלא כדרכו, במחלוקת זו בדין הקדש שכיב מרע. והוא משום מעשה מפורסם זה שארע בעירו ברצלונה שעליו נחלקו הרא"ה והרשב"א. וכתב שם בשם מורו שאם עמד חוזר, והיא הוראת הרשב"א. ומכאן הוכיח הגרא"ז מרגליות (בבית אפרים) שמחבר החינוך אינו הרא"ה אלא תלמיד הרשב"א] - הרי שנחלקו בנידון זה; הרא"ה נקט שיש שם 'יורש' לרחוקים הלכך כשהפקירו חכמים זכות הקרובים ממילא זוכים הרחוקים בתורת ירושה דאורייתא, ואילו הרשב"א חולק וסובר שאין עליהם שם 'יורש', וכשיטתו גבי איסורי הנאה, ולכן נקט דלא יהי הפקר מהקרובים כדי שירשו הרחוקים. והכי נמי גבי ודאי-רחוק כנגד ספק-קרוב נחלקו הראשונים בנידון זה. עכ"ד הגרא"ז.

[לכאורה יש למרמי דברי הריטב"א אהדדי, דהכא נקט שודאי רחוק לא מהני כנגד ספק קרוב, ואילו בב"ב (לג) כתב שאם בא אדם וטען שהוא קרוב יותר מהיורש הידוע לנו - לא מהני ספקו להוציא מידי ודאי. אך באמת קושיא מעיקרא ליתא, וכמו שכתב בקיצור הט"ז (באה"ע קסג סק"ג בסופו), דשאני ההוא ספק שאין בו דררא כלל ולא מהני לעורר ספק ולערער את הודאות, משא"כ נידון דידן שהספק קיים לעיננו דהא אנו מסופקים אם הוא בן הראשון או האחרון, ועל ידי דינא דאסממ"ז אנו באים להכריע הספק (ע' ברכת שמואל ב"מ ג) - בזה נקט הריטב"א שאין כח הכרעה בודאי-רחוק מול ספק-קרוב, שהואיל והספק כבר קיים והרי לפי צד אחד בספק אין הרחוק 'יורש' כלל, הלכך אין כאן כח ודאי].

ולפי דרך זו הרי יוצא שהרמב"ם שנקט אסממ"ז אף בודאי אח וספק בן, צריך לנקוט שיש שם 'יורש' לרחוק במקום שיש קרוב. אך מה נעשה שנראה מדברי הרמב"ם בכמה מקומות שלדעתו אין שם 'יורש' לרחוק במקום קרוב, דהנה הקשה האבני-נור (יו"ד שיב) על מה שכתב הרמב"ם (מלכים א, ז) שירושת שררה נוהגת בשאר יורשים ולא רק בבן, והלא בתו"כ (צו ואחריו) מבואר שאם הבן אינו ממלא מקום אבותיו יבוא אחר וישמש, ומשמע בפשטות שאדם זר משמש ולא היורש הבא אחר הבן, ואמאי לא יירש הבא בסדר נחלה. ותיירץ דהרמב"ם סבירא ליה שכל שיש קרוב הקודם לירש, אין הרחוק נחשב 'יורש' כלל הלכך אין לו עדיפות על אדם זר, וכיון שהבן קיים אלא שאינו ראוי לשמש אין כאן תורת ירושה לשאר קרובים.

והרובי"ח כן האבני"ז בשיטת הרמב"ם ממה שכתב (גזילה ח, ג) - עפ"י גרסתו בב"ק קח) שהגזול את אביו וכפר ונשבע לשקר ומת האב, נותן את הגזילה ואת החומש לאחיו, ואם אין לו אחים שנמצא זה הגזול לבדו הוא היורש - מוציא הגזלה מתחת ידו לבניו. ואם אין לו בנים - נותנה לבעל חובו או לצדקה. וצ"ע למה לא יתן ליורשים אחרים הבאים בסדר נחלות והלא אין לך אדם מישראל שאין לו יורשים - אלא מוכח שסובר הרמב"ם שהואיל ויש כאן יורש קרוב - הגזול עצמו - אין שם יורש אחר כלל [ואולם אם יש לו בנים נותן להם, ששיטת הרמב"ם שנכד שאני שיש לו תורת 'יורש' גם כשיש בן, דבני בנים רואים אותם כבנים ממש, וכמבואר במקום אחר].

והרובי"ח נוספת שכן דעת הרמב"ם, מדברי הגר"ח (תרומות ח, ד) שביאר מה שכתב הרמב"ם שכהן שמת והניח אשה מעוברת, אם יש לו בנים מלבד העובר - עבדיו אוכלים בתרומה מכחם [ואין

מהמשך הסוגיא, דאמרינן התם (לח). ספק ובני יבם הבאים לחלוק בנכסי סבא, הספק אומר בנו של הראשון אני ומגיע לי כל חלק אבי כלומר מחצית מנכסי הסבא, ובני היבם אומרים אחינו אתה ואין לך אלא חלק כמותנו, הרי החצי שהוא מודה להם - יטלוהו הם, והשליש [מכלל הנכסים, כשבני היבם הם שנים] שהם מודים לו - יטול הוא. ובשיטת הנשאר - יחלקו. הרי משמע דדיינינן כדין שנים אוחזין בטלית שהחלק שהכל מודים בו שהוא לאחד נוטלו בלא חלוקה, והכי נמי בספק ובני יבם בנכסי מיתנא, מנתא דקא מודו ליה ישקול ולא יחלקו אלא בשאר. וכתב ר"א מן ההר שאין זו טענה, דשאני נכסי סבא שהוא ודאי יורשו מתורת נכד [כך לי אם הוא בן בנו הראשון או בן בנו השני], משא"כ כשבא ליטול בנכסי מיתנא יש ספק אם הוא יורשו כבנו או כבן אחיו, הלכך אין אומרים בזה מנתא דידיה קשקיל שהרי יש ספק בעיקר שם 'יורש' שלו. הרי מוכרח ומבואר ככל הנ"ל בשיטת הרמב"ם, שלעולם דנים לפי שורש הספק דהיינו בשם היורש ואין דנים לפי הזכות בנכסים בפועל, הלכך אין שייך 'אין ספק מוציא מידי ודאי' אלא כשהודאות בשם היורש, וכן אין שייך לדון 'מנתא דמודו ליה שקיל' בירושה אלא כשברור מכה איזה שם יורש הוא בא ליטול. (וע' מרחשת ח"ב סי' טל).

ד) והנה עד כאן דיברנו בדין אסממ"ז בודאי-בן כנגד ספק-בן וכד' כדמייירי ביה מתניתין וסוגית הגמרא, ואולם כאשר למת אין בנים נוספים אלא זה הספק ויש לו עוד יורש רחוק יותר כגון אח - בזה נחלקו הראשונים ז"ל; דעת הריטב"א (ביבמות לז:): שבאופן זה אין זוכה האח, ואילו הרמב"ן והרא"ש נוקטים שגם בכגון זה האח-הודאי עדיף על הבן-הספק. וכך נראה בשיטת הרמב"ם (נחלות ה, ג - ודלא כהלח"מ). ויש לעמוד במאי פליגי. ובקובץ הערות (מ) רצה לומר שחולקים אם יש שם 'יורש' לרחוק במקום שיש קרוב ממנו; הראשונים הסוברים שאף ודאי-אח עדיף על ספק-בן נוקטים שיש שם 'יורש' גם על הרחוק אלא שיש דין קדימה לבן, הלכך חשיב האח 'יורש ודאי' שהרי גם אם יש בן סו"ס שם 'יורש' על האח, ולכן אין הבן-הספק מוציא מידי ודאי, ואילו הריטב"א סובר שאין שם 'יורש' על האח אם יש בן, הלכך לא חשיב האח 'יורש ודאי', שהרי על הצד שיש בן אין האח 'יורש' כל עיקר.

והרא"ה הגרא"ו שם שנחלקו בזה הרשב"א והרא"ה, דהנה דעת הרשב"א (בנדרים מח) שאין ירושה באיסורי הנאה [ומחלוקת הראשונים היא. וכבר נו"נ האחרונים מהסוגיא בקדושין יז דמוכח לכאורה שיש ירושה באיסורה"נ], וכתב שבן המודר הנאה מנכסי אביו, כשמת האב הנכסים הפקר. וקשה אמאי לא יירש הבא אחריו בסדר נחלה, אלא מוכח שנוקט הרשב"א שאין על הרחוק שם 'יורש' בדיאכא קרוב, והואיל והבן חי אלא שבפועל אינו זוכה בנכסים, אין שם יורש אחר הלכך הנכסים הפקר. והראה הגרא"ו שכך היא שיטת הרשב"א במקום אחר, דהנה נחלקו הרשב"א והרא"ה (ע' בשו"ת הרשב"א ח"ד צב ובהמשך התשובה בח"ג קכב. ובשו"ת הריטב"א עט - שם הובאו בפירוט גם דברי הרא"ה. וכן הובאה מחלוקתם בנמו"י נדרים כט) אודות שכיב מרע שהקדיש נכסיו, אי אמרינן בזה דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמו; הרא"ה נקט דלא אמרינן כן בהקדש, ופירש טעמו מדאמרינן (ב"ב קמט). מתנת שכ"מ כירושה שוויה רבנן, ונקט לפרש שעשאוה חכמים דין ירושה ממש, ע"י שהפקיעו את כל הקרובים מזכות ירושתם מכח הפקר ב"ד הפקר עד למקבל המתנה, ונמצא הוא היורש הראוי. והוא הטעם למאי דאמרינן בגמרא שם שאין מתנת שכ"מ בגר, דירושה היא ממש ואילו לגר אין יורשים, וכמו כן אין זה שייך בהקדש שאינו בתורת

ממנה, ונתבאר במק"א], הלכך נשארים הנכסים בחזקתן, אצל משפחת האם, ועל יורשי האב להביא ראיה כדין המוציא מחברו עליו הראיה.

ויסוד הענין, הגם שאין כאן 'מוחזק' במציאות, אך כבר ייסד החזו"א בכמה מקומות (אה"ע סז, עב, ז, וב"ק ז, ז), שיסוד הכלל דהמוציא מחברו עליו הראיה ענינו שהבא לחדש דבר ולהוציא מפשטותו עליו להביא ראיה, ובדרך כלל כשאחד מוחזק בממון וחברו בא להוציא ממנו הרי הוא הבא לחדש ולהוציא מהמצב המוחזק לנו, ואולם יתכנו אופנים שאף במקום שאין הוצאת ממון מציאותית, כל היכא שבא לחדש דבר - עליו הראיה. ועפ"ז נקט החזו"א מסברא שמי שממונו הזיק וטוען שמרתי כראוי וארע אונס - עליו הראיה, ואין הניזק צריך להוכיח שהמזיק לא שמר [ואין כן דעת הפנ"ב ב"ק נו"ז], הגם שהמזיק הוא המוחזק בממון, מ"מ טענתו היא המחודשת דהא סתמא דמלתא שהנוק ארע מחמת אי שמירה, על כן הוא נחשב 'המוציא' כשאומר שמרתי. וכן הוכיח החזו"א מהסוגיא דב"ב (ל). גבי ההוא דא"ל לחבריה כל נכסי דבי בר סיסין מזבינא לך, הואי ההיא ארעא דהוה מיקרי דבי בר סיסין א"ל הא לאו דבי בר סיסין הוא ואיקרווי הוא דמיקריא דבי בר סיסין, סבר רבא למימר המוציא מחברו עליו הראיה ועל הלוקח להוכיח, ומסקינן כרב נחמן דאוקמיה בידיה דלוקח, דהואיל ומיקרי דבי בר סיסין עליה דידיה רמיה לגלויי דלאו דבי בר סיסין היא. ופירש החזו"א שמפני שהוא המחודש דבר, חשיב הוא 'המוציא מחברו' הגם שהוא המוחזק במציאות. והכי נמי בנידון דידן היינו דינא דהמע"ה (כן רמז שם החזו"א), דסתמא דמלתא הנכסים בחזקת משפחת האם, דיוורשי הטבעיים של האדם הם משפחתו, ויורשי הבן הם הבאים להוציא מהמוחזק לנו בפשיטות עד עתה [הגם שמצד סבירות צדדי הספק אין שום יתרון למשפחת האם, אך מ"מ הם המוחזקים במצב שהיה עד עתה].

וא"כ זוהי גם כוונת הרמב"ן גבי רחוק-ודאי, שאמנם אין שם 'יורש' על הרחוק, אך הלא הוחזקה נחלה במשפחת המת וזה ידוע לנו שהוא ממשפחת המת, ואילו הספק-בן לא הוחזק לנו מעולם, על כן על הספק להביא ראיה לחדש שגם הוא מהמשפחה. וזהו גם כן טעם הרמב"ם.

ווגבי נפל הבית עליו ועל אמו פירש הרמב"ם (ה,ו) הטעם: 'מעמידין נכסי האם בחזקת יורשי האם שהם יורשין ודאין אבל יורשי הבן ספק הם, שאם מת הבן תחלה אין לאחיו מאביו בנכסי אמן כלום'. הנה שינה מלשון הגמרא ד'הוחזקה נחלה', אך להאמור י"ל דדא ודא אחת היא, שיסוד הסברא משום הוצאה ממצב המוחזק כודאי, אלא שלשון הגמרא 'הוחזקו נכסים לאותו השבט' משתמע כאילו הנידון הוא על הנכסים, אבל הלא להרמב"ם לעולם הנידון בירושה אינו על הנכסים אלא על שם 'יורש', ועל כן הוצרך לפרש שכוונת הסברא לומר שהמוחזקות היא בגברי, שקרובי האם הם היורשים המוחזקים לנו בודאי ואילו יורשי הבן הם מחדשי דבר.

אבן אם נימא שכוונת הרמב"ם כאן לסברא המפורשת בגמרא ש'אין ספק מוציא מידי ודאי', יהא מוכח שנקט הרמב"ם דכל אסממ"ו יסוד ענינו דין הנהגה בספקות שאין הספק מוציא מהמוחזק, וכיסוד סברת 'הוחזקה נחלה', וכעיקר יסוד דינא דהמע"ה שעל המחודש להביא הראיה, ואכן כן נראה מדברי החזו"א שם, וזה דלא כהגר"ח (שהביא הברכ"ש ב"מ ג) דיסוד אסממ"ו הוא דין הכרעה. ויעויין בקצוה"ח רפ].

יב וע' בחודשי הגרש"ר ריש ב"ק שתלה מחלוקת זו בחקירת האחרונים אם הפשיעה היא סיבת החיוב או ממונו המזיק.

העובר מעכב, דאין זכיה לעובר והרי העבדים שייכים כעת רק לבנים הילודים], ואם אין לו בנים אלא העובר - אין העבדים אוכלים. וקשה, מ"ט אין העבדים אוכלים מכח יורשים אחרים שיש לו שהרי גם הם כהנים. ותירץ הגר"ח על יסוד שלש הנחות: א. היורש יש לו זכות בכל הנכסים, גם כאשר יש יורשים נוספים [וכבר ראינו לעיל שכן יסדו כמה אחרונים, ונתבאר הטעם שגדר דין ירושה הוא לקום תחת המת, הלכך אין שייך בזה התפלגות נכסים]. ב. אין לרחוק שם 'יורש' במקום שיש קרוב [כשיטת הרשב"א]. ג. העובר, הגם שאינו זוכה בפועל מכח ירושה, אבל חלות שם 'יורש' יש בו. ויש להטעים הנחת הגר"ח לפי האמור לעיל שהירושה אינה חלות הנפעלת בעצם בנכסים אלא ענינה להיות קם תחת המת ורק ממילא זוכה היורש בנכסים כתוצאה מכניסתו תחתיו, וא"כ חלות שם 'יורש' והזכיה בפועל בנכסים לאו היינו הך, ועל כן מסתבר שאף כי אין לעובר אפשרות זכיה בממון אבל אין בכך מניעה לחול עליו חלות שם 'יורש' לקום תחת אביו [והלא לכשילד זוכה ממילא בכל הנכסים - הרי שהוא 'יורש' בעצם כבר בשעת מיתה].

ולפי שלש הנחות אלו ביאר הגר"ח הטעם שכשיש עובר ואין בנים - אין העבדים אוכלים, שהואיל ויש על העובר שם 'יורש' הגם שלא זכה בהם בפועל, א"כ בהכרח אין שום יורש אחר לעבדים, דאין לרחוק שם 'יורש' במקום שיש קרוב, ומאידך אין העבדים 'קנין כספו' דעובר שהרי אין לו זכיה בפועל. משא"כ כשיש בנים אחרים הרי העבדים אוכלים מכחם, ואף שיש גם לעובר שם 'יורש' מ"מ אין זה מגרע כלום מזכות הירושה של שאר הבנים, כי כל יורש ויורש יש לו זכות בכל הנכסים, וכיון שעד שנולד העובר אינו זוכה בפועל בנכסים נמצא שאינו מעכבם מלזכות בכל העבדים עד שיוולד. נמצא מבואר בשיטת הרמב"ם לפי באור הגר"ח דאין לרחוק במקום קרוב שם 'יורש'. ושוב צריך להבין שיטת הרמב"ם דאמרינן אסממ"ו אף ביורש רחוק במקום ספק-בן.

עוד יש להעיר על דרך הגרא"ו, שהריטב"א שם כתב דבריו אלו בשם מורו, והוא הרא"ה ז"ל, והלא הרא"ה סבירא ליה שיש לרחוק שם 'יורש' גם במקום שיש קרוב". אכן יש להאריך בבאור שיטת הרא"ה, ואכ"מ].

אבן נראה להבין באופן אחר סברת הרמב"ם, וזאת עפ"י מה שמדוקדק מלשון הרמב"ן (ביבמות שם) שלגבי בן ודאי כנגד ספק כתב טעמא דאסממ"ו, ואילו לגבי ודאי-אח כנגד ספק-בן הזכיר טעם אחר, שהוחזקה נחלה באותה משפחה. ומזה נראה לדקדק שאכן אין לומר בזה 'אסממ"ו', מחמת הטעם הנ"ל שאין שם 'יורש' לרחוק במקום שיש קרוב, אלא טעמו על פי המבואר בב"ב (קנח): בנפל הבית עליו ועל אמו ואין ידוע אם מת הבן קודם והרי נכסי האם שייכים לקרובה [שאין הבן יורש את אמו כשהוא בקבר להנחיל לקרובי מן האב] או האם מתה קודם והרי הבן ירשה כשהיה חי ועתה הנכסים שייכים ליורשיו, ואמר רע"ק שהנכסים בחזקתן, ופירש רבי אילא, והכי קיימא לן להלכה: בחזקת יורשי האם, וטעמא מאי אמר אביי לפי שהוחזקה נחלה באותו השבט, כלומר הואיל ויורשי האם הם ממשפחתה ואילו יורשי הבן אינם ממשפחתה [דמשפחת אמו אינה קרויה משפחה, וירושת הבן את אמו לא מחמת קורבת משפחה היא אלא מצד מה שהוא נולד

יא לכאורה נראה לומר שדברי הריטב"א שייך אף אם יש לרחוק שם יורש, דהא לאידך גיסא גם לספק יש שם יורש בודאי, דכל ישראל יורשים זא"ו [אם כי יש לחלק דהתם הרחוקים אינם יורשים אלא דרך משמוש ממנו, משא"כ באח ובן], אלא י"ל דאין הנידון על שם כללי ד'יורש' רק על מהות הקירבה, וא"כ הלא כנגד האח שקורבתו ידועה, יש ספק שקול על המסופק אם הוא קרוב ממנו או רחוק ממנו, ואין שום עדיפות בודאותו של האח עליו, ולא דמי לספק ובני יבם בנכסי מיתנא או ספק ויבם בנכסי סבא שהוראי יש לו עדיפות דהוא יורש ממנו". [וי"ל שהגרא"ו נקט שיש חילוק בין קרובים מאותה משפחה ממש לרחוקים, וכחילוק הרמב"ן המובא להלן בפנים. ואולם י"ל שדעת הריטב"א שאין לחלק בכך].

ה) אכן, הגם שהדברים ברורים וגם צדקו יחדיו בשיטת הרמב"ם והרא"ש, יש מקום לתירוץ נוסף על הקושיא האחרונה על הרמב"ם, למה היבם לא יירש את המת מדין 'ודאי-אח' - דהנה האחרונים האריכו בדין ירושת האח, אם היא ירושה ישירה מהמת או עוברת דרך האב בקבר מדין 'משמוש נחלה' (ונחלקו בדבר הב"י והדרכ"מ רנג, והאריך בזה רעק"א בתשובה קלב ועוד). והרמב"ן (פינחס) נקט שהוא משום משמוש, ובוה ביאר למה לא הוזכרה בתורה ירושת האב במפורש, ותירץ [בתירוץ השני] דירושת האב ידענוה ממילא ממה שאמרה תורה שהאחים יורשים אלו את אלו, 'כי הירושה היא בשלשלת הזרע ביוצאי חלציו לא בצדדין. אם כן ונתתם את נחלתו לאחיו משמע נחלה שהאב יורש בקבר וממנו תבא לאחים'. [ומה שפשוט לו הדבר כהנחה פשוטה דהנחלה עוברת רק מעלה-מטה ולא לצדדים, עד שהתורה לא הוצרכה לפרש הדבר - כבר בארנו במק"א שיסוד הדבר הוא משום דברא כרעא דאבוה ורק באב ובן שייך בעצם ענין קימה תחת המת שהוא גדר דין ירושה כנ"ל, וכדכתיב 'תחת אבותיך יהיו בניך"', רק נתחדש בפרשה שאם אין בן ואין אב, ממשמשת הירושה בקבר ומשתלשלת ממנה למטה ולמעלה, וזו היא ירושת האח, שהאב ירש בקבר והורישה לכל בניו, ואם אין אחים עולה היא לאבי האב ומשם יורדת לאחי האב. נמצא דכל הירושות כולן פועלות בתורת ירושת אב ובן, ודלא כסברת הגר"ט והגר"א דלעיל שחדשו לחלק בגדר דין הירושה בין ירושת בן לשאר ירושות, כנזכר לעיל].

וב"ך היא גם דעת הרמב"ם, שירושת האח מדין משמוש נחלה מהאב היא, וכמה ראיות לדבר. אמנם נזכיר כאן רק את דבריו המפורשים בפירוש המשנה (ר"פ יש נוחלין) ובפתיחת הלכות נחלות שסדר נחלות מבוסס על שלשה עיקרים. א. הבן יורש, וכשאין הבן קיים - האב יורש. ב. כל הזוכה בירושה ואינו בחיים, אם יש לו זרע - זוכה זרעו בירושה [הוא דין משמוש נחלה שנלמד מ'בין אין לו' עיין עליו]. ג. הזכרים קודמים לנקבות כשהקורבה שוה. ואלו השלשה עיקרים הם יסוד הענין לידע מי יירש ומי לא יירש. ונתן שם משל: עמרם מת, והיו ראויים לירשנו משה ואהרן. אם הם אינם בחיים - יירשו זרעם. אם אין להם זרע - תירש מרים את עמרם. אם היא אינה בחיים וגם אין לה זרע - תחזור הירושה לאבי עמרם, קהת. אם אין קהת חי - נחשוב כאילו קהת מת והוריש נכסים לבניו, יצהר חברון ועוזיאל. הרי מפורש בדבריו שאין לאח ירושה ישירה מאחיו אלא סדר הנחלות מבוסס על ירושת בן או אב בלבד, שכשאין בן מעלים את הנחלה לאב וממנה מורידים לבני האב.

ואם כן הרי יש לתרץ דבריו לשיטתו, דהרא"ש טען דהלא היבם ודאי-אח ועל כן בדין הוא שיגבר על הספק-בן. ואולם להרמב"ם אין כאן ירושת אח ודאי, שהרי לפי הצד שהוא יבם הלא מפקיע שם 'יורש' מהאב וממילא נפקע כח ירושה גם מכל מי שבא מחמת האב דהיינו כל האחים, ובכלל זה גם כח ירושת 'אח' שלו עצמו נפקע, וכשם שדין ירושת היבם מפקיע דין ירושת אח משאר האחים כך מפקיע דין ירושת אח מהיבם עצמו, נמצא שאין כאן תורת יורש ודאי של האח. [וכסברא זו יש במשנת ר' אהרן (כא) ובחדושי הגרש"ר (ב"ב כד)]. אלא שהם נקטו כן בלא דין משמוש, ובוה היה מקום לפקפק ולומר דהואיל והיבם הוא גם כן אח י"ל שממנו גופיה לא פקע דין ירושת אח רק אדרבה אמרה תורה שכאן יורש האח המיבם לבדו, אבל להרמב"ם שכל כח ירושת האח הוא מחמת האב, בהכרח שפקעה ירושת אח ידידה, שהרי פקע כח ירושת האב וכבר נותקה שרשרת הירושה].

והנה הרא"ש סובר גם כן שהאח הודאי גובר על הבן הספק כאמור, והקשה לפ"ז על מה שאמרו בגמרא בספק ויבם בנכסי המת, שהספק טוען אני בנו והיבם טוען בני אתה ואני יורש את המת כדין יבם - יחלוקו, והרי היבם יכול לטעון הלא סוף סוף אני אח ודאי [גם לפי הצד שלא היה כאן דין יבום] ואתה ספק בן, ואין ספק מוציא מידי ודאי. והעמיד הרא"ש דמיירי כשהסבא חי, שאז אין היבם יכול לבוא מתורת 'אח' שהרי האב קודם את האח. וכן נקט הטור. ואולם הרמב"ם לא הביא אוקימתא זו ומשמע מסתימת הדברים שנקט דמיירי בכל אופן, וגם כאשר אין הסבא חי יחלוקו. וזה צ"ע, הלא שיטתו שודאי אח גובר על ספק בן, הכי נמי בדין שהיבם יירש משום שהוא ודאי-אח ועדיף מספק-בן".

אך לפי האמור מיושבת קושיא זו על הרמב"ם לשיטתו, שהרי נתבאר בשיטת הרמב"ם שבאופן זה שעיקר שם הירוש בספק אין לבוא מדינא דאסממ"ו רק משום סברת 'הוחזקה נחלה באותה המשפחה' וכדברי הרמב"ן, והנה מבואר בהמשך הסוגיא שם דספק וסבא שבאו לירש נכסי היבם, הספק אומר אני בנו והסבא אומר אתה בנו של הראשון ואני יורש את בני - יחלוקו. והקשה הרמב"ן הלא האב הוא ודאי-רחוק והבן הוא ספק-קרוב ואמאי לא יירש האב, כמו בספק-בן שאינו יורש במקום ודאי-אח. ותירץ דדוקא בספק כזה שאינו מוחזק באותה משפחה, אמרינן דהוחזקה נחלה במשפחה, משא"כ הכא שאף הספק הוא מאותה משפחה, שאף אם אינו בן היבם עכ"פ הוא בן אחיו, בוה אין אומרים 'הוחזקה נחלה'. ואם כן הכא נמי בספק ויבם בנכסי המת, אין ליבם עדיפות על הספק משום שהוא ודאי-אח, דסו"ס אף הספק הוא מאותה משפחה. וכ"כ הבית-מאיר (אה"ע קסג,ג). והרי לפי האמור הלא מוכרחים הדברים בשיטת הרמב"ם, דהא ס"ל שרחוק במקום קרוב לא חשיב 'יורש' והרי לשיטתו כל ספקות דירושה נבחנים לפי שורש הספק דהיינו חלות שם יורש, וא"כ על כרחנו דהא דודאי-רחוק קודם לספק-קרוב אינו מדינא דאסממ"ו, דהא אין לרחוק שם 'יורש' ודאי, אלא לעולם הוי ספק וספק ורק משום דהוחזקה נחלה באותה משפחה אתינן עלה דהיינו דין דהמע"ה, ועל כן אין לומר כן במקום ששני הצדדים מאותה משפחה.

והרא"ש שנקט שאף בוה הודאי-אח עדיף על ספק-בן, היינו משום דאסממ"ו. אכן ממה שפירש (בדף לז) טעמא דמתניתין דאין הספק יורש לא את הראשון ולא את השני משום דהוחזקה נחלה באותו השבט, ולא כתב כפשט הסוגיא שם משום דאסממ"ו, נראה שנקט דהיינו הך יסוד טעמא דאסממ"ו, שהוחזקה נחלה לאותו האיש ואין בכח הספק [הגם שאף הוא מאותה משפחה] להוציא מהמוחזק לנו בפשיטות. וזה תואם עם האמור לעיל בדעת הרא"ש דספק יורש נידון כספק על הנכסים ולא אכפת לן בשם 'יורש'. [נמצא שהרמב"ם לשיטתו תרגם 'הוחזקה נחלה' - הוחזק הירוש כנ"ל, והרא"ש לשיטתו מפרש 'יורש ודאי' - הוחזקה נחלה].

ובזה יש לבאר תירוץ רעק"א (בדו"ח מכת"י, מובא בגליון הרמב"ם מהדורת רש"פ) על קושיתו הנ"ל בטומטום ובת, מ"ט לא נימא דהטומטום ודאי והבת ספק ואסממ"ו [ונתבאר לעיל דלהרמב"ם ניחא אבל להרא"ש אכתי קשיא] - אך לפי האמור עתה שיסוד סברת אסממ"ו היינו שאין בכח הספק להוציא מהמוחזק בפשיטות, א"כ הכא הלא אדרבה הבת היא הברורה והטומטום בא לחדש דבר לומר שהוא זכר, הלכך עליו הראיה.

יד ומסתבר שזה היה ידוע ונהוג קודם שנאמרה פרשה זו, כפי שלמדו בגמ' (קדושין יח). מעשו שירש את הר שעיור ובני לוט שירשו את ער. (וע' גם בעקידה ויצא עה"פ 'העוד לנו חלק ונחלה בבית אבינו'). ולפי הפירוש הזה צ"ל שאף האב קם תחת בנו מסברא פשוטה.

יג והלח"מ (ב"ה) מכח קושיא זו נקט בדעת הרמב"ם כהריטב"א והעמיד מה שכתב הרמב"ם שאין הספק יורש את אביו באוקימתא שיש בניים אחרים, אכן מסתימת הדברים אין נראה כן.