

ביאור היסוד דאין ספק מוציא מידי ודאי בירושה

דין בירושה

תנן (יבמות ק ע"א) "מי שלא שהתה אחר בעלה ג' חדשים ונישאת וילדה ואין ידוע אם בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון... הוא אינו יורש אותם," אלא הבנים הידועים של כל איש ואיש יורשם (ונעז' לקמן אם ג"כ שאר יורשים). הגמ' (שם לז ע"ב) קובעת בזה כלל דאין ספק מוציא מידי ודאי, דאם יש ודאי יורש וספק יורש, הודאי לוקח הכל. תוס' (ב"מ ב ע"א ד"ה וזה) כבר הקשו דמאי שנא משנים אוחזים בטלית, זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, דגם שם לכאורה יש אחד דכעל"פ יש לפחות חלק בטלית ויש ספק דאולי אין לו שום חלק בטלית, ואעפ"כ אין אומרים אסממ"ו, אלא חולקים ואחד לוקח ג' רבעים ושני לוקח רבע א'. ותירצו תוס' וז"ל "וי"ל דהתם יבם שהוא בנו של סבא הוי ודאי יורשו ולא יוציא הספק מספק ממונו, אבל הכא אין סברא מה שהוא ודאי בחציה שיועיל לו לחציה השני." ונראה דתוס' מחלקים בין ירושה לשאר קנינים, אבל כוונתם אינה ברורה לגמרי. ע"ע בריטב"א (יבמות לח ע"א ד"ה הוי) דכתב ג"כ דאסממ"ו שייך רק לירושה ולא לשאר קנינים, וגם הרמב"ם (נחלות ה: א) משמע כן.

ונראה דבשאר קנינים, אם יש שני שותפים בחפץ, וכ"ש כשיש שני בעלים נפרדים וכל אחד מחזיק בחלק מסוים בחפץ, אז הזכות בחלק אחד של החפץ אינו שייך כלל לזכות בחלק שני. לכן בשנים אוחזים בטלית אפילו אם רק אחד מהם טוען דיש לו הכל, הוא אינו מוחזק על הכל, דעל הצד שהשני גם הגביהה הטלית באותה רגע, יש לו זכות רק בחצי הטלית ותו לא. אבל בירושה נראה, וכן מקובל לומר, דאפילו אם יש ב' בנים שיורשים נכסי אביהם, וכל א' זוכה בחצי ירושה, אעפ"כ כל א' חשוב יורש על הכל, וכש"כ הגר"ח (שכנים ב:יא) וז"ל "הרי ברור דכל

אחד יש לו ירושה על כל מקצת ומקצת ואיך נימא דכח ירושתו של זה היינו רק על אותו חלק שנטל. " ולא רק דיש לכל יורש סיבה לזכות בכל אם לא היה קיים השני (וכמו שראיתי בכמה מחברים), אלא דיש בפועל חלות ירושה לכל יורש על כל הנכסים. וזאת משום דחלות ירושה היא חלות בפני עצמה מלבד הזכייה וקנין בנכסים, וכמו שהוכחנו לעיל מכמה ראיות במאמרינו בענין גדר תפוסת הבית קודם חלוקה. ולכן ודאי יורש חשוב ודאי ומוחזק על הכל, דאפילו על הצד שיש עוד יורש, הודאי עדיין יש שם יורש וכח ירושה על הכל וזה עושהו כמוחזק על הכל. כן היה נראין הדברים בדרך כלל ובסקירה ראשונה, אבל נראה דיש מח' יסודית בגדר הדברים וכדנבאר בעה"י.

שיטת רש"י ורשב"ם

רשב"ם (קנח ע"ב ד"ה אלו) קובע ביורשים "דכל היכא דאחד תובע את הכל והאחד תובע החצי הנה זה שתובע הכל קרוי ודאי הואיל והוי ודאי במקצת." ומבואר דכל יורש דיש ודאי זכייה במקצת הנכסים חשוב ודאי להיות המוחזק ועל השני להביאהראיה. וכן יוצא מרש"י (יבמות לז ע"ב ד"ה ספק, לח ע"א ד"ה הוי) וכן הבינו תוס' בדעתו (שם ושם). עפ"ז כותב רשב"ם דהמשנה (קנח ע"ב) של "נפל הבית עליו ועל אמו אלו ואלו מודים שיחלוקו", כלומר דירשי האם וירשי הבן דהיינו אחיו מן האב חולקים בנכסי האם, איירי דוקא כשאין עוד בן לאם אלא אחים. דאם היה לה בן אחר, הוא היה ממ"נ נוטל לפחות חלק הנכסים וממילא היה חשוב יורש ודאי והיה נוטל הכל. דממ"נ, אם מת האם ראשון, הבן החי היה נוטל חצי, ובן המת ירש חצי והוריש לאחיו מן האב, ואם בן המת מת ראשון, הבן החי נוטל הכל. אלא צ"ל, כתב הרשב"ם, דאין לה בן אלא אח, ולכן אין לאח חלק ודאי, דאם מת האם ראשון אין לאח כלום דבנה היה יורשה לגמרי. מאידך גיסא, האח של בן המת ג"כ אין לו חלק ודאי בנכסי האם, דאם מת הבן ראשון לא ירש אמו ואין לאחיו כלום, וממילא אינו יורש ודאי והם חולקים הנכסים.

תוס' מקשים על היסוד של רש"י ורשב"ם מהמשנה (ריש ב"מ) דשנים אוחזים בטלית וזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי דלא

אומרים כיון דלראשון יש ודאי זכות לפחות בחציה דהוא מוחזק בכל, אלא חולקים ג' רבעים לראשון ורבע א' לשני. ועוד הקשו תוס' (ב"ב) "דהלכתא בלא טעמא הוא שבשביל שהוא ודאי בחלק זה יהא ודאי בחלק אחר." עוד הקשו על רשב"ם דאיתא לקמן (קנט ע"ב) דכשנפל הבית עליו ועל אביו והיה עליו (דהיינו על הבן) בע"ח, אפילו כשהיה עוד בן לאב, אין אומרים דהבן החי חשוב ודאי כיון דיש לו לפחות חצי של נכסי האב ונוטל הכל, אלא הבן החי ובע"ח חולקים נכסי האב. לכן דחו תוס' את רש"י ורשב"ם וכתבו "דלא שייך כאן כלל ספק ודאי" כשנפל הבית עליו ועל אמו. ורק בכגון יבם וספק בנכסי סבא, כלומר יבם שהוא ודאי בן של הסבא וספק שהוא ספק אם הוא בן היבם או בן אח היבם שכבר מת, דהוא המקרה ביבמות (שם), שייך הכלל דאסממ"ו, דשם "היבם הוא ודאי יורשו של סבא אבל ספק הוא ספק אם הוא יורשו כלל." וצ"ע ביישוב שיטת רש"י ובהסבר שיטת תוס' ומחלוקתם.

כבר כתב המל"מ (נחלות ה:ו) לתרץ קושיות תוס', דרש"י סובר דודאי זכייה במקצת עושה מוחזקות על הכל רק בירושה, אבל בשנים אוחזים בטלית ושאר קנינים לא. אבל לכאורה זו אינה מתרצת הקושיא האחרונה של תוס' דבנפל הבית עליו ועל אמו, כתב רשב"ם, יש דין של אסממ"ו, אבל בנפל הבית עליו ועל אביו ויש לו בע"ח דחולקים. דגם שם הוא ספק בירושה, מי מת ראשון ומי ירש ממי, ואעפ"כ חולקים. והוא קושיא חזקה דלכאורה הוא ממש אותו ספק שאנו מסופקים כשנפל הבית מי מת ראשון האב/אם או הבן, ההבדל היא רק אם יש לבן עוד אחים מן האב שיורשו או אם יש לו בע"ח, אבל לכאורה אין זה נוגע למקור הספק. וכן העיר הגרש"ש (שיעורי הגרש"ר תלט) ונדחק ביישוב דעת רשב"ם.

אע"פ דשיטת רשב"ם קשה, באמת גם קשה להבין קושיות תוס', דגם תוס' צריכים לחלק בין ירושה לשאר זכיות, וכש"כ תוס' (ב"מ) מעצמם, וא"כ צ"ע מה היה קשה להם על דעת רש"י מהסוגיא של שנים אוחזים בטלית. ליישב הכל, נראה דיש לעי' בגדר המוחזקות של אסממ"ו.

מוחזקות של כח ירושה

רש"י (יבמות שם ד"ה ממון) כותב דיבם וספק, כלומר ודאי יבם וספק בן המת ספק בן היבם, חולקים בנכסי המת, "דאין זה מוחזק בנכסי יותר מזה דאם זה בן המת אין ליבם בהן כלום ואם בן היבם הוא אין לו בהם כלום הלכך אין כאן מוציא מחבירו להטיל עליו הראיה." ומבואר דהמוחזקות של הודאי היא בגדר הממע"ה, דהיינו הודאי חשוב כמחזיק בנכסים ואנו רואין כאילו הספק רוצה להוציא מחזקתו, ולכן עליו הראיה. אבל לכאורה אינו מוחזק בנכסים, דהוי ספק השקול של מי שייך החצי השני שעליו אנו דנים.

אלא נראה דיש לחקור, דאפילו אם יש חלות ירושה מלבד הזכייה בנכסים, יש להסתפק אם החלות ירושה גורם זכייה ליורשים, אבל אחר הזכייה היורשים מחזיקים בנכסים כשאר קנינים והירושה היא רק בעבר ובגדר מאי דהוה הוה, או י"ל דאפילו לאחר שזוכים בנכסים, היורשים מחזיקים וזוכים בתורת יורשים וכח ירושה. במאמרינו בענין גדר תפוסת הבית הוכחנו דשיטת רש"י ורשב"ם הוא כצד השני, דאפילו לאחר שזוכים בנכסים, היורשים מחזיקים בתורת ירושה. ממילא יש לומר דלא רק דזכייתם בחלקם היא בגדר זכייה של ירושה, אלא דעדיין יש להם כח ירושה וחלות יורשים על הכל (לפחות עד חלוקה). לכן סובר רש"י דהודאי יורש חשוב מוחזק על כל הנכסים אפילו לאחר נפילת הירושה, דכיון דיש לו ודאי זכייה במקצת, ודאי יש לו עדיין כח ירושה על הכל. ואפילו אם יש עוד יורש, מכ"מ יש להודאי כח ירושה על הכל, וכח ירושה היא לעצמה קנין מסוים, דעי' במאמרינו בענין כח העובר בירושה דכתב הגר"ח (תרומות ח:ד) דחלות ירושה בלי זכייה בעצם חשוב קנין כספו להאכיל עבדים תרומה. ולכן הודאי חשוב המוחזק על הכל דאפילו עכשיו לאחר נפילת הירושה עדיין יש לו לפחות הקנין של חלות ירושה על הכל, אבל הספק אינו ברור אם יש לו שום קנין על הנכסים בכלל, וממילא הוא חשוב מוציא מחזקת הודאי וכחו על הנכסים וצריך להביא הראיה.

אבל תוס' סוברים כצד ראשון, וכן הוכחנו במאמרינו בענין גדר תפוסת הבית, דאין עוד חלות ירושה לאחר זכיית היורשים, והם מחזיקים בנכסי המת כשאר קנינים. לכן תוס' לא הבינו איך רש"י כותב דיש דין של

הממע"ה על הנכסים, דרואין הודאי עדיין מוחזק על הכל עכשיו אפילו לאחר נפילת הירושה. דלתוס' אין עוד חלות ירושה לאחר הנפילה, ויש רק זכות כל יורש על חלקו, וממילא אנו מסופקים אם יש לודאי זכות בכל הנכסים או רק על חציים ותו לא. דודאי תוס' ידעו דדין של אסממ"ו שייך רק לירושה (אלא דיש להם מהלך אחר בדברים וכדנבאר לקמן), אבל תוס' סברו דאין עוד דין ירושה לאחר זכיית היורשים בנכסים, וממילא אם כתב רש"י דיש דין של אסממ"ו אפילו לאחר נפילת הירושה, הם היו מוכרחים להבין דרש"י סובר דהכלל של אסממ"ו שייך בכל קנינים ולא רק ירושה, אע"פ דהוא הלכתא בלא טעמא.

לפ"ז יש לתרץ גם קושיית תוס' מנפל הבית עליו ועל אביו ויש עליו בע"ח. זכינו שיצא לאור עולם תשובה מן הרשב"ם (נדפס בסוף שיטת הקדמונים על ב"ב ח"ב) שבתוכו הוא מיישב קושיות תוס' על שיטתו, וכנראה שלזאת התשובה מרמז הרשב"ם בפירושו על הגמ' (קנח: ד"ה אלו). ושם מסביר הרשב"ם, דכשנפל הבית עליו ועל אביו ויש עליו בע"ח, אין אומרים דבן החי של האב חשוב ודאי בנכסי האב, ודלא כמו בנפל הבית עליו ועל אמו דאם היה עוד בן לאם הוה חשוב ודאי. וז"ל שם, "אילו היה בע"ח זה בא בטענת ירושה לתבוע החצי, והבן החי יתבע הכל בחזקת ירושה, אז יהיה הבן יורש ודאי. אבל עכשיו שבא בחזקת טענת שטר חוב, ואשכחן דסבירא להו לב"ש כגבוי דמי, נמצא דבע"ח זה מוחזק בנכסים יפה, ואין לנו להפסידו, וכחו יפה משל יורש, ודי לנו אם יחלקו חלק הראוי למת ביניהם." ומבואר דרק כשהספק בא בטענת ירושה הוא חשוב המוציא ואין לו כלום, אבל כשבא בטענה אחרת כגון שטר חוב הוא חולק אם היורש הודאי. אבל קשה דאפילו אם הבע"ח בא בטענת שטר חוב על הבן המת, הוא ג"כ מוכרח לטעון דהאב מת ראשון והבן ירש חצי נכסי אביו. וא"כ גם טענת בע"ח מיוסד על טענה של ירושה, וצ"ע איך יכול להיות עדיף מאחר שטוען דהוא ירש מן הבן שירש מאביו. ג"כ צ"ע בכוונת רשב"ם דטענת בע"ח יפה מטענת יורש, דלכאורה ירושה היא טענה עדיפה שבאה ממילא מטענת שטר חוב שבאה מבחוץ.

ובהסבר הדברים נראה דלכל א' מן היורשים יש כח ירושה על הנכסים רק כל זמן שהם עדיין בתפוסת הבית ולא חלקו או מכרו חלק של הנכסים. אבל כשהיורשים מכרו חלק מן הירושה לאחר או דירש אחד נטל

חלקו ואינו עוד בתפוסת הבית (וכ"ש אם עשו כל החלוקה), שוב א"א לומר דשאר היורשים עדיין יש להם כח ירושה על נכסים אלו. ולכן יש לחלק, דבנפל הבית עליו ועל אמו ויש לבן המת אחים מן האב ויש לאם עוד בן חי, הבן החי נחשב ודאי ונוטל הכל, דממ"נ יש לו עדיין ודאי כח ירושה על כל הנכסים. דאפילו אם האם מתה ראשון וירש בן המת והוריש לאחיו מן האב, כיון דכל הנכסים הם עדיין בתפוסת הבית ולא נתחלקו (דאחיו מן האב ירשו חלק של בן המת בתפוסת הבית של האם, עי' רשב"ם קכו. ד"ה קסבר ודנינו בדבריו במאמרנו בענין גדר תפוסת הבית), עדיין יש לבן החי כח ירושה בכל הנכסים. אבל אחיו מן האב של בן המת, אין להם שום זכות ודאי בנכסים, ולכן הם חשובים המוציאים ועליהם הראיה. אבל כשנפל הבית עליו ועל אביו ויש בע"ח על בן המת, כיון דלפי ב"ש שטר העומד לגבות כגבוי דמי, א"כ על הצד שהאב מת ראשון וירש בן המת, אנו רואין כאילו הבע"ח כבר טרף חובו והממון נמצא בידו. א"כ לענין דיני מוחזק הממון חשוב כאילו כבר ביד בע"ח, ושוב א"א לומר דעדיין יש לבן החי כח ירושה עליהם. דהוא כמו שמכר או עשה חלוקה על נכסים אלו דאינם עוד בתפוסת הבית, ולכן אין דין ודאי לבן החי נגד הבע"ח והם חולקין. וכל זה שייך לומר רק משום דלפי רש"י ורשב"ם המוחזקות נובעת מכח היורשים על הנכסים עכשיו, ואינו שייך למקור הספק, ולכן אפשר לחלק בין יורש שני לבע"ח, אע"פ דמקור הספק (מי מת ראשון) לא שנא. וגם אפשר לומר דיש מוחזקות של אסממ"ו עכשיו רק משום דלפי רש"י ורשב"ם יש כח ירושה ליורשים על כל הנכסים אפילו לאחר זכייתם, וכנ"ל.

שיטת תוס' והרא"ש

עי' בברכ"ש (ב"מ סי' ד') דהביא מהגר"ח "דאין ספק מוציא מידי ודאי הוי ודאי". ועפ"ז מחלק הברכ"ש בין הדינים של אסממ"ו והממע"ה, ולכן סבר ריב"ש (שו"ת שלו) דמי שחייב להחזיר קרקע משום הממע"ה אינו חייב לשלם הפירות שאכל, אבל כשמחזיר קרקע משום אסממ"ו גם צריך לשלם בעד פירות שאכל. וצ"ע בחילוק ובהסבר הדברים.

הרא"ש (יבמות ד:ח) מפרש דכשהמשנה (ק ע"ב) אומרת דספק בן אינו יורש אביו מספק, זהו גם כשאין עוד בן לאב, ויש לו רק אח. דהיינו כשיש ודאי אח וספק בן ג"כ יש דין של ודאי לאח והוא נוטל הכל משום אסממ"ו. וברור דרש"י ורשב"ם חולקים על זה, דלשיטתם רק יורש שיש ודאי זכייה בחלק הנכסים חשוב ודאי יורש, אבל במקרה זה אין לאח ודאי זכייה דאם הספק הוא בן המת, אין לאח כלום. לשיטתו מקשה הרא"ש דבספק ויבם הגמ' (יבמות לז:): אומרת דחולקים, אבל צ"ע דדל מהכא היבום, הרי היבם הוא ודאי אח של מת והוא ודאי נגד הספק בן.¹ ותירץ הרא"ש דצריך לאוקמי הגמ' כשסבא קיים, ולכן היבם א"י לירש מדין אח, אלא מדין יבם, ולכן אע"פ שהוא ודאי אח אינו מועיל לו. המהרש"א (שם) ומהרש"ל (שם ד:ז) מקשים על רא"ש מסבא וספק בנכסי יבם דהדין הוא דחולקים, דיש להם טענות שוות, דאם ספק הוא בן היבם יש לו הכל, ואם הספק הוא בן המת כל נכסי היבם הם לסבא. אבל לפי הרא"ש צ"ע דהסבא הוא ודאי אב של המת והספק הוא רק ספק בן. וכמו שבודאי אח וספק בן כתב הרא"ש דהאח מוחזק בכל כודאי יורש, כמו כן הכא צ"ע למה הסבא שהוא ודאי אב אינו מוחזק בכל כודאי יורש. ומשום קושיא זו דחו מהרש"א ומהרש"ל דעת הרא"ש.

הקרני ראם (על המהרש"א) תירץ דדעת הרא"ש היא דשאני ספק ויבם, דכשמת המת כיון דהספק עדיין לא נולד ואין זכייה לעובר, ממילא הוחזקה הנחלה ביד היבם, אבל בסבא וספק בנכסי יבם י"ל דאיירי שכבר נולד הספק כשמת היבם. אבל עי' ברש"ש דהעיר דהרא"ש (יבמות ו:ד) פסק דיש זכייה לעובר וא"כ נפל תירוץ הקר"ר בבירא. הרש"ש עצמו תירץ דכיון דכשמת המת עדיין לא הוכר העובר של הספק ולא ידענו שנמצא, לכן הוחזקה הנחלה ביד היבם. אבל נראה דגם תירוץ זה אינו, דהלא הרא"ש הביא מקור לדבריו מהמשנה (ק:): דבספק בן היורשים הודאיים יורשים הכל, ולדעת הרא"ש אפילו אם הם אחים, נוטלים הכל מדין אסממ"ו. ושם לא איירי דוקא כשהספק בן עדיין לא נולד, אלא אפילו אם

¹ מבואר בדעת הרא"ש דיבם גם יכול ליירש מדין אח ולא רק מדין יבם. עי' בשיעורי הגרש"ר (יבמות תיא-תיב) דמוכיח דזה מחלוקת ראשונים.

כבר נולד האחים הם המוחזקים, וממילא הדרא קושיא לדוכתא. גם עי' פרישה (אה"ע קסג: יד) וב"ש (שם: י) שנדחקו בשיטת הרא"ש.

ובאמת כבר הקשה הרמב"ן כעין קושיא זו ותירץ דבספק וסבא בנכסי יבם "ספק דשמעתין מן הראויין לירש במשפחה זו הוא, שהרי לפחות בן אחיו של יבם הוא, ואין מעכב עליו ירושתו אלא סבא זו, כשם שהוא מספק עליו ירושתו, כך הוא מספק שלו עליו, הילכך חולקין. אבל מה ששנינו (ק:) הוא לא יורש אותם מפני שהוחזקו נכסים לבני משפחה וזה ספק רחוק לגמרי." דהיינו, רק כשהספק הוא ספק רחוק לגמרי אינו נוטל כלום, אבל כשהוא ספק בן ספק בן אח, אע"פ דעל הצד שהוא בן אח אין לו כלום, אעפ"כ אינו חשוב ספק לאבד חלקו. וזה מתירץ קושיית הרמב"ן, אבל אינו מספיק לרא"ש, דכתב דבספק ויבם בנכסי מת היבם יש לו דין ודאי (ולכן עשה אוקימתא דהסבא קיים). וקשה דהספק אינו ספק רחוק לגמרי, דלפחות הוא בן אח של המת וא"כ לפי תירוץ הרמב"ן לכאורה אינו חשוב ספק נגד הודאי אח והיה צ"ל חולקין, ודלא כש"כ הרא"ש.

ונראה בהסבר הדברים, וכ"כ הגרא"ו (קובה"ע סי"מ) דכוונת הרמב"ן היא דכשיש שם יורש ודאי לא' מן היורשים, ולשני יש רק ספק שם יורש הודאי זוכה בכל מדין אסממ"ו. ולכן כשירש אחד הוא ספק רחוק לגמרי והשני הוא ודאי קרוב המת, השני חשוב ודאי ומוחזק בכל. אבל בסבא וספק בנכסי יבם, שניהם חשובים יורשים של היבם, דהסבא הוא אביו, והספק הוא או בן או בן אח, אבל שניהם ודאי יורשים וקרובים של המת. השאלה היא רק אם הספק הוא בן המת וממילא הוא קודם, או אם הוא בן אח של המת וממילא הסבא קודם. אבל ביבם וספק בנכסי מת, כתב הרא"ש דהיבם חשוב ודאי, דאע"פ דהספק הוא לפחות בן אח של המת, אבל על הצד שהוא בן אח אין לו שם יורש. וזאת משום דזכות ירושתו היה צ"ל ע"י משמוש ע"י אח המת שהוא אביו, אבל כיון דאח המת חי, אין שם יורש לבניו, דאין שם יורש לאיש שיורש המת ע"י משמוש ע"י עוד איש שעדיין חי שמפריד ומפסיק בינו לבין המת המוריש. לפ"ז מעיר הגרא"ו, דצריך לומר דס"ל לרא"ש והרמב"ן דאח יורש ישיר ולא ע"י משמוש ע"י אביו. דאם אח יורש במשמוש ע"י אביו, היה צ"ל דבספק וסבא בנכסי מת דסבא חשוב ודאי. דעל הצד שהספק הוא בן היבם

ולא בן המת, אין לו שם יורש דהכל בא מסבא החי, אבל מפורשת בגמ' דזה אינו והדין הוא דחולקין.² גם יש להעיר דלפ"ז יש להוכיח דאבי האב יורש ישיר מבן בנו ולא ע"י משמוש. דבסבא ויבם בנכסי ספק איתא בגמ' דחולקין, אבל על הצד דהוא בן היבם, אם הסבא ירש ע"י משמוש ע"י היבם, הרי אין שם יורש לסבא, והיה צ"ל דהיבם חשוב ודאי. אלא מוכרח דסבא יורש ישיר וממילא יש לו שם יורש ממ"נ וכמו היבם ולכן חולקין.³

חזקה על השם יורש

וביתר ביאור והסבר הדברים, נראה דבניגוד לרש"י דס"ל שהמוחזקות של אסממ"ו היא על הנכסים, לדעת הרא"ש ורמב"ן המוחזקות היא על השם יורש והיחס למת. דאם יש לאחד שם יורש ודאי, והשני ספק יורש, אפילו אם על הצד דהספק הוא יורש הוא יותר קדום מן הודאי, אעפ"כ הודאי מוחזק שיש לו שם יורש, אבל הספק אין לו שם יורש בודאי ולכן עליו להביא הראיה דגם יש לו חלות שם יורש.⁴ ונראה דגם תוס' ס"ל הכי, ולכן ס"ל דאסממ"ו אינו שייך למקרה של נפל הבית עליו ועל אמו. דלתוס' הכלל של אסממ"ו מועיל רק להכריע מי הקרוב למת ולמי יש שם יורש, אבל לשאר ספיקות אינו מועיל. ולכן במקרה של נפל הבית עליו ועל אמו דהכל יודעים מי קרוב למי והספק היא רק מי מת

² וכבר העיר הגרש"ר (שיעורים תטז וחידושים כד:ה) דזה סותר דברי הרמב"ן על התורה (במדבר כז:טו) דאח יורש ע"י משמוש, וציין לשו"ת אב"נ (אה"ע רכט) דגם הקשה כן.

³ ע"י מל"מ (נחלות ה:ח) דהביא מהמהרח"ש לא כן, דאע"פ דבן בנו יכול לומר במקום אב קאימנא, הזקן א"י לומר במקום בני קאימנא, וע"ע שיעורי הגרש"ר (ב"ב לו).

⁴ ע"י בקובה"ע (מ:ז) דפירש דהמחלוקת ראשונים אם יש דין ודאי לאח במקום ספק בן תלוי על אם יש שם יורש ליורש מאוחר במקום יורש קדום, אבל לדברינו אינו מוכרח ובאמת נראה די"ל דכעל"פ דיש שם יורש ליורש מאוחר. וע"ש בשאר ראיותיו, אבל יש לחלק בין הנושאים דאפילו אם יש שם יורש ליורש מאוחר, זה רק לגבי היחס למת, אבל בודאי אין ליורש מאוחר כח ירושה על הנכסים במקום יורש קדום, כדנרמז לזה בסוף המאמר. גם ע"י בהע' 224 על ח"י הריטב"א שם ביבמות דהוא מוכרח לחלק בין הנושאים שהביא הגרא"ו, וכתבנו מהשנ"ל.

ראשון, ולזה הכלל של אסממ"ו אינו מועיל כלום. וזה בניגוד לרש"י, דס"ל דהודאי יורש, דהיינו מי שיש ודאי זכות במקצת הנכסים, יש לו ודאי כח ירושה על כל הנכסים, ולכן יכול לטעון שהוא מוחזק על הנכסים. דלרש"י המוחזקות של אסממ"ו שייך לכל ספיקות, בין לספק של מי הקרוב בין לספק של מי מת ראשון, דזה כמו כל מוחזק של הממע"ה, דכיון שהוא מוחזק על הנכסים, על האחר להביא הראיה, אע"פ דהמוחזקות אינה מכריעה או מתיחסת לעצם הספק. אבל לתוס' והרא"ש והרמב"ן אסממ"ו אינו דין של הממע"ה על הנכסים, אלא היא מוחזקת על מי הקרוב ולמי יש שם יורש, ולכן אינו מועיל לשאר ספיקות, ולמקרה של נפל הבית עליו ועל אמו "אינו שייך כלל" (לשון תוס').

עפ"ז יש להבין חילוק של הברכ"ש, דלרש"י אסממ"ו היא כמו הממע"ה ואינו מכריע עצם הספק, אבל לתוס' ורא"ש הכלל של אסממ"ו מתיחס לעצם הספק של מי הקרוב ומכריעו. ולכן מסתבר לחלק כריב"ש ולומר דכשאדם מחזיק שדהו משום הממע"ה אינו יכול להוציא פירות שאכל, דיש לו מוחזקות על הקרקע כיון שהוא המרא קמא וממילא האחר אינו יכול להוציא ממנו השדה בלי ראייה. אבל מאידך גיסא הדין של הממע"ה אינו נותן לו הכח להוציא הפירות שאכל השני, דיש לו מוחזקות רק על החפצא של הקרקע ולא יותר. אבל כשמחזיק בשדהו משום אסממ"ו יש הכרעה על עצם הספק שהוא הקרוב ליורש ולא האחר, וממילא א"א להפריד בין הקרקע והפירות ויש לו הכל.

כבר בארנו דתוס' דחה רש"י משום דסברו תוס' דאין חלות ירושה לאחר זכיית היורשים, ולכן לא היה אפשר להם לפרש כרש"י דיש מוחזקות על הנכסים גם לאחר שכל יורש זכה בחלקו. ואפשר דרש"י לא למד כתוס' משום דלא רצה לעשות האוקימתא של הרא"ש דהסבא קיים במקרה של יבם וספק בנכסי מת. אבל גם נראה די"ל דרש"י סבר דא"א לומר דיש דין מוחזק על השם יורש בלי קשר לזכייה בנכסים כדכתבנו בדעת תוס'. דשם יורש של אחד אינו מגרע משם יורש של שני, דכל אחד הוא יורש גמור. לכן את ודאי א"א לטעון שהוא יורש והספק בן צריך להביא ראיה, דהבן אינו חשוב מוציא לענין זה, דאפילו אם הספק בן הוא באמת בן המת ויש לו שם יורש, זה אינו מגרע שם יורש של האת. וא"כ א"א להיות דין מוחזק, אם השני לא חשוב מוציא. לכן סבר רש"י דדין

אסממ"ו אינו שייך לחלות שם יורש אלא הוא מוחזקות על הנכסים לאחר הזכייה בהם, דאז יש דין של מוחזק ומוציא להטיל על הספק הראיה.

אמנם עדיין צריך להוסיף עוד נופח חשוב בהסבר שיטת תוס' ורא"ש. כבר הסברנו דדין אסממ"ו שייך כשיש ודאי יורש וספק שהוא ספק יורש ספק רחוק, אבל מוכרח דיש עוד ציור. איתא (יבמות שם) דבספק ובני יבם בנכסי יבם הבני יבם חשובים ודאיים ונוטלים הכל משום אסממ"ו, אבל קשה דהספק ג"כ ודאי יורש של היבם, או שהוא בנו או שהוא בן אחיו, וא"כ לתוס' ורא"ש צ"ע למה הבני יבם חשובים כודאי (דלרש"י ניחא דיש להם ודאי זכות בחלק הנכסים והספק אין לו). ג"כ קשה בספק ויבם בנכסי סבא דהיבם חשוב ודאי (גם זה שם), אע"פ דלכאורה הספק הוא ג"כ ודאי יורש של הסבא כיון דבן הבן יורש ישיר מזקנו. וצ"ל דגם לתוס' ורא"ש יש דין שאם יש יורש שמוחזק להיות יורש בפועל כשמת המוריש, ויש עוד יורש שהוא ספק אם הוא יירש חלק בנכסים או לא, אע"פ דבודאי יש לו שם יורש, אעפ"כ היורש שמוחזק לירש בפועל חשוב ודאי ואסממ"ו. דא"א לומר דתוס' והרא"ש גם מודים לדין אסממ"ו של רש"י ורשב"ם דמי שיש ודאי זכות בחלק הנכסים מוחזק על כן הנכסים, דתוס' דחה שיטת רש"י כמילתא בלי טעמא, וגם חלק עליו במקרה של נפל הבית עליו ועל אמו וכתב דאסממ"ו אינו שייך שם אע"פ דגם שם יש לבן האם ודאי זכות בנכסים וכדנחבאר לעיל. א"כ צ"ע בגדר דין שני זה של תוס' ורא"ש ונבארו ביתר ביאור לקמן.

טומטום ובת

הנה נחלקו הרמב"ם (נחלות ה:א) והרא"ש (ט:ד) בענין חלוקת הירושה כשיש טומטום ובת. הרא"ש ס"ל דיש לטומטום ג' רבעים ולבת רבע א', ולכאורה זה מובן דודאי יש לטומטום חלק דלפחות הוא בת, ועל הצד שהוא בן יש לו הכל, לכן חולקים החצי השני. הרמב"ם פסק דחולקים בשוה חצי לטומטום וחצי לבת. וקודם שנבאר מחלוקתם יש להקדים קושיית רעק"א.

מקשה רעק"א (תוס' רעק"א על משניות ב"ב ל"ט) על הרא"ש והרמב"ם דלמה לא אומרים דהטומטום הוא ודאי יורש דממ"נ יש לו זכייה

ושם יורש דאם הוא זכר יש לו הכל ואם הוא בת יש לו חצי, והבת היא ספק ואסממ"ו, ונשאר גרעק"א בצלע"ג. ובסקירה ראשונה הקושיא תמוהה ביותר, דלכאורה היא גמ' מפורשת דאין דין ודאי ע"י ממ"נ. איתא (יבמות שם) דבספק ובני יבם בנכסי מת (כשהיבם ג"כ מת) היה סבור רבנן דיש לספק דין ודאי דממ"נ הוא יורש, או הוא בן המת ויש לו הכל, או הוא בן היבם ויש לו חלק עם שאר בני היבם, ובסוף אמר רב משרשיא דאינו חשוב ודאי אלא ספק. ופירש רש"י (שם לח ע"א ד"ה הוי) דאע"ג דאית ליה זכיה בנכסים ממ"נ אפילו הכי לא חשוב ודאי דלא ידע מכח מי הוא בא לירש. דהיינו אין דין ודאי ע"י ממ"נ. ושוב מצאתי דהגרא"ו (שיעורים על ב"ב הנמ"ח בענין טומטום ובת) תירץ קושיית גרעק"א הכי ע"פ גמ' הנ"ל, אבל לכאורה הוא דבר שא"א שנעלם מעיני מאור הגולה הגרעק"א גמ' מפורשת בעיקר הסוגיא של אסממ"ו.

אבל באמת נראה דלפי מה שביארנו בדעת תוס' והרא"ש אין שום ראייה מגמ' הנ"ל של ספק ובני יבם בנכסי המת. דלתוס' ורא"ש יש דין אסממ"ו רק כשיש ודאי יורש עם ספק יורש והמחלוקת ביניהם מי היורש וכנ"ל. אבל בנידון זה, כשמת המת והיה חולקים הספק ויבם, הספק לא היה ודאי יורש, להיפך היבם היה ודאי יורש (אם אין סבא קיים), וכשמת היבם, הספק ובני יבם שניהם ודאי יורשים של הסבא. וא"כ לדעת תוס' ורא"ש אין מקום להחשיב הספק בן המת כדין ודאי. רק לרש"י היה צ"ל לספק דין ודאי דיש לו ודאי זכות בחלק הנכסים. דלרש"י יש טעם לומר דאפשר לצרף אופנים שונים ליצור מוחזקות על הנכסים כיון דסוף סוף יש לו ודאי זכות בהם, ולכן רש"י היה מוכרח ללמוד דהגמ' מחדשת פה דאין דין מוחזקות של ודאי ע"י ממ"נ. אבל לתוס' ורא"ש דאסממ"ו מתיחס לשם יורש ולא לנכסים, אין שום טעם להחשיב הספק כודאי בניגוד לבני יבם, ואפילו ע"י ציור של ממ"נ. ובאמת כתב תוס' רא"ש (שם) לאחר שדחה רש"י וז"ל "השתא לא דמי לההיא דרב משרשיא דלעיל כלל". דהיינו רש"י מוכרח לחדש יסוד דאין דין ודאי ע"י ממ"נ, אבל לתוס' ורא"ש אין מקום לדין ודאי הכא כלל ואין מקור לחדש דאין דין ודאי ע"י ממ"נ מגמ' זו.

ונראה דכן הבין גרעק"א ולכן הקשה למה אין דין ודאי לטומטום נגד בת כיון דממ"נ הטומטום יורש. ובאמת יש לחזק קושייתו, דהסברנו

ע"פ הרמב"ן בדעת תוס' והרא"ש, דרק ספק שפיק שהווא ספק רחוק לגמרי חשוב ספק, אבל ספק שהווא ודאי יורש רק הווא ספק אם הווא בן או בן אח, אינו חשוב ספק נגד הודאי אלא הווא גם כן ודאי דממ"נ יש לו שם יורש ג"כ. ומבואר דיש חלות שם יורש ע"י ממ"נ לדעת תוס' והרא"ש. ואין לתרץ קושיית רעק"א דהבת ג"כ יש לה שם יורש אפילו אם הטומטום הווא זכר ולכן אין דין של אסממ"ו, דכבר הוכחנו לעיל דאם יש יורש דמוחזק לירש בפועל כשמת המוריש, ויש עוד יורש דאינו ודאי שיירש בפועל, דהראשון חשוב ודאי והשני ספק אפילו לדעת תוס' והרא"ש. א"כ באמת קשה קושיית רעק"א, דהטומטום ממ"נ מוחזק לירש בפועל, והבת ספק לירש, וא"כ צ"ע למה אין דין של אסממ"ו במקרה של טומטום ובת לרא"ש ותוס'.

יישוב קושיית הגרעק"א

לכן נראה דלתוס' והרא"ש רק בדין הראשון של אסממ"ו – כשיש אחד שמוחזק שיש לו חלות שם יורש והשני ספק יורש ספק רחוק – מועיל שם יורש ע"י ממ"נ. דלזה באמת אין ממ"נ, יש רק חלות שם כללי של יורש בכלל, ולהיות מוחזק שהווא "מן הראויין לירש במשפחה זו" (לשון רמב"ן ביבמות). ולזה ממ"נ מועיל דאין חלות נפרדת לכל סוג של יורש, אלא יש חלות להיות מן המשפחה. וכשיש אחד שהווא בודאי מן המשפחה ויש ספק דאינו ודאי מן המשפחה, הודאי חשוב כמוחזק ואסממ"ו.

אבל בדין השני של אסממ"ו לתוס' והרא"ש נראה דממ"נ אינו מועיל. הוכחנו דלתוס' והרא"ש יש גם דין ודאי, אם אחד מן היורשים ודאי יזכה בחלק הנכסים. אבל מוחזקות זו אינו נובעת משום דיהיה לו זכיה בנכסים, דלתוס' והרא"ש אין מעלה או עדיפות בזכיה בחלק של הנכסים לשאר הנכסים וכדנתבאר לעיל. אלא נראה דהסברנו דלתוס' ורא"ש כשיש ודאי יורש ויש ספק שרוצה לטעון דהווא ג"כ יורש, עליו להביא הראיה, דלהוסיף עוד יורש חשוב הוצאה מן הודאי יורש. כמו"כ אם יש ודאי בן (או שאר יורש) ויש ספק שהווא ספק בן ספק בן אח, דהבן הודאי חשוב מוחזק שהווא בן המת, והספק בן צריך להביא ראיה דהווא

ג"כ בן. דהודאי מוחזק להיות הבן היחיד ולהוסיף עוד בן צריך ראייה כמו שצריך להביא ראייה להוסיף עוד יורש בכלל. ולפ"ז שני הדינים של אסממ"ו בדעת תוס' ורא"ש באמת אחד הם. דהם סוברים דיש דין מוחזקות על היחס למת. וא"כ יכול להיות מוחזקות על היחס הכללי להיות יורש ("מן המשפחה"), וג"כ יכול להיות מוחזקות על יחס פרטי כגון להיות בן המת או אחיו. ואם השני אין לו בודאי אותה דרגה של קורבה, ממילא יש לראשון דין ודאי, ואסממ"ו.

לכן בטומטום ובת, לפי שיטת רש"י ורשב"ם יש לטומטום דין ודאי ונוטל הכל דיש לו ודאי זכות בחלק הנכסים, ויש לבת רק ספק זכות בנכסים. אבל לשיטת תוס' והרא"ש, אין לטומטום חלות שם יורש בן בודאי, אלא הוא מוחזק רק להיות לפחות בת, אבל לזה גם הודאי בת מוחזק להיות לפחות בת. שניהם מוחזקין דיש להם בודאי חלות שם יורש שהם מן המשפחה, אבל אין אחד מהם מוחזק בודאי להיות קשור למת בקורבה יותר קרוב. לתוס' והרא"ש המוחזקות של אסממ"ו נובעת או מחלות יורש כללי ("מן המשפחה") או מחלות יורש של יחס מסוים, ולזה אין עדיפות לטומטום יותר מבת, שניהם מן המשפחה ושניהם לפחות בת. ובניגוד לרש"י, הודאי זכייה של הטומטום אינו עושה מוחזקות לתוס' והרא"ש, וממילא אין דין של אסממ"ו, אלא חולקין, וכמ"ש הרא"ש, ומיושבת קושיית הגרעק"א.

פסק התמוה של הרמב"ם

ועכשיו שהסברנו דאין דין ודאי לטומטום, יש לעי' במח' הרמב"ם והרא"ש. ולכאורה שיטת הרא"ש מובנת, דכיון דאין דין ודאי ממילא חולקים הנכסים שהם בספק, והוא החצי השני, דיש לטומטום חצי ראשון בודאי, וממילא יש לטומטום ג' חלקים ולבת חלק א'. אבל שיטת הרמב"ם דחולקים בשוה קשה, דצ"ע במה יש לחלוק על שיטת הרא"ש. בקו"ש (תע) הובא בשם הגרנ"ט דרמב"ם ס"ל דבודאי אח וספק בן יש דין אסממ"ו, וממילא בנידון זה הבת היא ודאי בת לזכות בחצי השני ואין טומטום דהוא ספק בן יכול להוציא מידה. והגרא"ו כבר דחה דבריו דהרא"ש עצמו הוא בעל השיטה דיש דין ודאי לאח במקום ספק בן, וא"כ

וקשה דידיה אדידיה, אלא צ"ל דשיטת תוס' שייך רק כשיש ודאי יורש וספק יורש, וכדבארנו באריכות לעיל. לכן טומטום ובת דשניהם יורשים בודאי אינו שייך כלל לשיטת תוס' ורא"ש.

אלא נ"ל דפסק זו של הרמב"ם שייך לעוד שיטה של הרמב"ם. איתא (יבמות לח ע"א) דבספק ובני יבם בנכסי סבא חולקים, ופירשה הגמ' דהשליש דכו"ע מודו דשייך לספק הוא נוטל (אם נניח דיש ב' בני יבם אחרים) וחצי דכו"ע מודו דשייך לבני יבם הם נוטלים, ושתות הנשאר, דעליו הוא הספק, הם חולקים. וגם איתא (שם לו ע"ב) דספק ובני יבם בנכסי המת חולקים, אבל לא פירשה הגמ' החלוקה. רש"י (ד"ה בנכסי) פירש וז"ל "ההיא מנתא דקמודו ליה שקיל ואידך הוי ממון המוטל בספק וחולקין, הוא [הספק] נוטל החצי ודין כולן החצי." דהיינו, חולקים רק הממון המוטל בספק, וכן פרשו שאר הראשונים. אבל הרמב"ם (ה:ד) פסק וז"ל "חולקין בשוה הספק מחצה ובני יבם הודאין מחצה." גם הכא ס"ל לרמב"ם דחולקים הכל, ולא רק הממון המוטל בספק.

ולכאורה, פסק זו לגבי ספק ובני יבם תמוה יותר מפסק הרמב"ם לגבי טומטום ובת, דהכא החילוק של חצי לספק וחצי לבני יבם הודאין אינו מקביל לשום אפשרות במציאות, דא"א להיות שבאמת יש לספק חצי הנכסים, וגם אינו חלוקה של פשרה ששוה בין שום שני אפשריות. וקשה לא רק משום דפסק הרמב"ם חולקים הכל, ולא רק החלק שהוא מוטל בספק, אלא קשה גם עצם החלוקה של הרמב"ם. רמב"ם פוסק דספק נוטל חצי ובני יבם הודאין חצי, אבל על הצד דטענת בני יבם אמת, אין טענתם דהם יטלו הכל, אלא דכולם, ובכללם הספק, נוטל הכל. וא"כ גם החלוקה צ"ל דהספק נוטל חצי (אם הוא צודק), וכל היורשים, גם הספק וגם הבני יבם נוטל החצי השני (אם הם צודקים), וכמו שבאמת כתב רש"י (אלא דהוא כתב דחולקים כן רק הממון המוטל בספק ולא הכל). גם צ"ע על פסק הרמב"ם דמאי שנא ספק ובני יבם בנכסי מת דחולקין הכל בשוה, מספק ובני יבם בנכסי סבא דחולקין רק הממון המוטל בספק וכמו שאיתא מפורש בגמ', וכן פסק הרמב"ם (ה:ה). עי' בט"ז (אה"ע קסג:ה) דכתב "דא"א ליישב" דעת הרמב"ם. הב"ש (שם ז:) והמגיה על הט"ז נדחקו לתרץ דעת הרמב"ם, אבל דבריהם אינם ברורים לי, ועי' בחזו"א (אה"ע קיט:ג) דגם דחה דבריהם והסיק עם "ואולי כוונת הרמב"ם שחולקין בשוה

היינו נכסים המסופקים אבל הספק נוטל חלקו הודאי מקדם. " אבל מבואר לכל דאין זה משמעות הרמב"ם.

אלא נראה דרמב"ם חילק בין דין של ספק ובני יבם בנכסי סבא לספק ובני יבם בנכסי מת. דבספק ובני" בנכסי סבא, בודאי יש לכולם שם יורש, ובודאי יש לכולם זכייה במקצת הנכסים. ועוד יותר, כולם בודאי בני בנים של המת שהם יורשים ישירים שלו דמכח אבוה דאבא קאטיין, והם חולקים רק באופן ושיעור של חלוקת הנכסים וזכייתם בם. בזה ס"ל לרמב"ם שהוא דומה לשאר ספק בממון בלי חזקה דחולקים, דטענות הבעלי דין מתיחסים לשיעור זכייתם בנכסים, ובזכייה יש לחלק ולתת חצי כל טענה. לכן נותנים שלישי לספק (אם יש ב' בני יבם) וחצי לבני יבם וחולקים רק השתות שהוא הממון המוטל בספק. אבל בספק ובני יבם בנכסי המת, הם אינם חולקים רק בסדר ושיעור החלוקה, אלא הם חולקים על החלות שם יורש שלהם. הספק טוען שהוא בן והם בני אח, ובני יבם טוענין דגם הוא בן אח. וס"ל לרמב"ם דממון המוטל בספק אינו שייך לזה, דאע"פ דאפשר לחלוק ולתת לבע"ד חצי שיעור של טענתו בזכייה בנכסים, אבל א"א לתת לו חצי שיעור של שם יורש, דא"א להיות חצי בן. לכן ס"ל לרמב"ם דכיון דא"א לקבל חצי כל טענה, אופן החלוקה היא דמקבלים טענת כל בע"ד על חצי הנכסים. לכן אנו מקבלים טענת הספק שהוא בן המת על חצי הנכסים והוא נוטלם, ומקבלים טענת הבני יבם על החצי השני והם נוטלם. ואע"פ דלפי טענתם הוא ג"כ יקבל חלק בחצי שלהם, ס"ל לרמב"ם דא"א לתת לספק גם מצד שהוא בן היבם שהוא לא טען הכי. וגם אין לומר דהם לא טענו רק ב' שלישים ואיך הם יקבלו כל החצי, דזה אינו דהם לא טענו דיש להם זכייה בנכסים, אלא דיש להם שם יורש משום בן אח. וכיון דבעצם זה נותן להם כח לזכות בכל הנכסים אם אין עוד יורש, לכן מקבלים טענתם דהם בני אח על החצי וממילא הם זוכים בכל החצי, דהספק כבר קיבל חלקו.

ולפ"ז נראה דרמב"ם הולך לשיטתו בדין טומטום ובת. דגם שם הם חולקים על השם יורש של הטומטום, אם הוא בן או בת, ולכן ס"ל לרמב"ם דהכלל הרגיל של ממון המוטל בספק חולקין אינו שייך. גם שם אנו מקבלים טענת הטומטום שהוא בן על חצי, ומקבלים טענת הבת על החצי השני. ואע"פ דלפי טענת הבת, גם יש לטומטום חצי בחלקה, מכ"מ

כיון שהוא לא טען שהוא בת אלא שהוא בן א"א לזכותו משני צדדים וכדנתבאר לעיל, וממילא הם חולקים בשוה וכדפסק הרמב"ם.

דעת השו"ע וגדר קדימת בן לבת

שוב שמחתי לראות במרחשת (ח"ב לט:א) דגם קישר שני פסקי רמב"ם האלו, והסביר הדברים כעין מש"כ. אבל העיר המרחשת דהשו"ע חילק בין הדינים, דפסק (חו"מ רפ:ח) כרמב"ם בטומטום ובת דחולקים בשוה ולא הביא דעת הרא"ש בכלל, אבל לגבי ספק ובני יבם בנכסי המת השו"ע הביא דעת שאר ראשונים דחולקים רק הממון המוטל בספק בדעה סתם, והביא דעת הרמב"ם דחולקים הכל רק כ"א. ונראה דבזה נוטה דעת השו"ע נגד הרמב"ם. אבל לדברינו שני הפסקים הם מאותו יסוד, וצ"ל דהשו"ע הבין באופן אחר. וע' בסמ"ע (שם) דפירש דאין לטומטום יותר מחצי "ולא אמרינן דעדיפא כחו דילמא הוא זכר דהמוציא מחבירו עליו הראיה," וממילא גם הבת מקבלת החצי שטוענת. אבל צ"ע מה החילוק דבת נגד טומטום חשובה מוחזקת ומקבלת כל טענתה, אבל בני יבם נגד ספק בנכסי מת אינם מוחזקים והספק נוטל גם חצי טענתו שהוא בן המת. ונראה דאפשר לומר בדעת השו"ע דקדימות של בן על הבת שונה מבן על אח או שאר יורשים. דבמקום שיש יורש יותר קרוב אין ליורש מאוחר שום כח ירושה על הנכסים לזכות בהם (ואפילו אם יש לו חלות שם יורש לגבי יחסו לגברא שמת). וכן כשיש הרבה יורשים שוים כגון הרבה בנים, ביאר הגר"ח (תרומות שם) וז"ל "יש לכל אחד זכות ירושה על כל הנכסים, אלא דכל אחד זוכה בנכסים ומעכבים זה את זה שלא יזכה כל אחד בכל הנכסים." דהיינו, זכות כל יורש ממצט עצם זכות השני. אבל לגבי בן ובת דיש להם אותה דרגת קורבה, בעצם גם לבת יש כח ירושה על הנכסים וגם היה צ"ל שיש לה הכח לזכות בהם, אלא דיש דין קדימה בדיני החלוקה דהבן הוא הזוכה ונוטל הכל במקום הבת.⁵

⁵ עי' בשיעורי הגרש"ר (ב"ב תכ) דגם חילק בין קדימות הבן על הבת ובין שאר היורשים להסביר עוד דינים, אלא שהוא כתב לפי דרכו בסוגיא ואנו לפי דרכינו.

לכן ס"ל לשו"ע דבספק ובני יבם בנכסי המת, אם הספק הוא בן המת אין לבני יבם שום כח ירושה על הנכסים, ואם הספק הוא בן היבם יש לו זכות רק בשליש ותו לא. ומשום הכי אין אחד מהם מוחזק יותר מהשני על הנכסים שהם בספק דכל אחד טוען שאין לשני שום זכות בהם. אבל בטומטום ובת דכיון דבעצם יש כח ירושה לבת לזכות בנכסים, אלא דהטומטום טוען דהוא בן ויש לו דין קדימה לזכות קודם הבת, לזה אנו רואין דהבת חשובה מוחזקת והראיה היא על הטומטום. דא"א לומר דאם הטומטום הוא בן אין לבת שום כח לזכות בהם. דבעצם יש כח ירושה וכח לזכות לבת במקום בן, אלא דחידשה הקרא דיש לבן דין קדימה. ובאמת כל מקום שכן יורש במקום בת, הוי כעין הוצאה מזכותה, כיון דגם יש לה כח ירושה לזכות בנכסים. לכן ס"ל לשו"ע לחלק, דבספק ובני יבם אין מוחזק, דכל אחד טוען דאין לשני שום זכות בנכסים המסופקים, וממילא הם חולקין. אבל בטומטום ובת, אנו רואין הבת כמוחזקת כיון דבאמת יש לה כח לזכות בנכסים, והטומטום שטוען שהוא בן ויש לו דין קדימה אנו רואין כמוציא מן הבת ועליו הראיה. וממילא אין חולקין הממון המוטל בספק, אלא הבת מקבלת כל טענתה שיש לה חצי הנכסים, וכפסק של השו"ע.