

בדין עובר במעי אמו

מש' ב"מ (ק.) המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי יחלוקו, ועיי"ש בגמ' ששואלת "אמאי יחלוקו, וליחזי ברשות דמאן קיימא" ומתרת "בעומדת באגם." ושוב שואלת "והא נוקמא אחזקת מרא קמא ולהוי אידך המע"ה, הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקים." ועיי"ן בתוס' ד"ה וליחזי דמביאים הגמ' בבכורות (יח:): גבי אחד שהפקיד טלה חי אצל בעה"ב ויש לבעה"ב גם טלה חי כנגדו, ומת אחד מהם דהמפקיד הוי המע"ה. וטוענים התוס' שכך הדין גבי הלוקח בגמ' דידן דאפ' אם טוען המוכר שמא, עדיין נחשב הלוקח המע"ה. וכותבים התוס' ששם הבעה"ב מוחזק בטלה החי, משא"כ אצלנו דכל החזקת מרא קמא של המוכר הוי רק דהחזק בעובר ולא בולד, ובכל זאת נחשב הלוקח המע"ה. ועיי"ן בתוס' להלן ד"ה הא מני דמקשים אגמ' דמהיכי לן דמתני' הוי סומכוס, אולי זה חכמים ונהי דמעמידים אחזקת מרא קמא, בכל זאת עומדת כנגד חזקת מ"ק חזקת מעוברת והוי כספק השקול וממילא הוא דיחלוקו. אלא דמתרצים התוס' דחזקת מרא קמא אלים טפי מחזקת מעוברת. ומוכח דחזקת המרא קמא של המוכר על העובר עושה אותו ממש כמוחזק.

וצ"ע מאי הוא חזקת מרא קמא הזו. ואפשר לפרשו בב' דרכים, הא' דהמוכר מוחזק בולד עצמו, והב' דכל קנין המוכר בעובר הוי רק אגב הפרה, דהמוכר מוחזק בפרה ויש לו קנין בעובר אגב הא דהאם הוי שלו. מדברי תוס' דידן משמע דהמוכר מוחזק בולד עצמו, דהיינו בעובר. לעומת זאת, עיי"ן דברי ר"ת בריש בכורות וברא"ש שם דעובר במעי אמו הוי דבר שלא בא לעולם ולא יכול בעל הפרה לקנות העובר עצמו אלא דאית ליה קנין בעובר אגב אמו כדקל לפירותיו. וצ"ע ביסוד מחלוקת תוס' דידן ור"ת. אפשר לומר בפשטות דלר"ת הרי עובר לאו ירך אמו, וכדאיתא בר"ן חולין (דף יט בדפי הרי"ף ד"ה ולענין) ולכן הוי דבר שלא בא לעולם, משא"כ לתוס' דידן דפוסקים כפשטות כדברי תוס' ב"ק מז. ד"ה מאי, דעובר ירך אמו, והוי כדבר הבא לעולם. ובאמת כן הסביר הנתיבות (סי' רט סק"ב) דלאילו הסוברים דאפשר להקדיש עובר, וכן דעובר נעשה אתנו, הרי העובר הוי כחלק מהבהמה וכמו רגלה. וכן הוא לתוס' דידן דהמוכר נחשב מוחזק בעובר עצמו, ודאי דהעובר נחשב כחלק מהבהמה, וכמו דהמוכר מוחזק ברגלה הוא גם מוחזק בהעובר. אבל לר"ת, דעובר לא הוי ירך אמו, והוי דבר שלא בא לעולם הרי ודאי דאין למוכר חזקה בעובר עצמו, אלא רק יכול לקנות העובר אגב אמו, וכקנין דקל לפירותיו.

ומחלוקת זו אי עובר ירך אמו או לאו ירך אמו באמת משנה את כל מהות החזקת מעוברת המבואר לעיל בקושיית התוס', דעיי"ן בקובץ שמועות להגר"א וסרמן הי"ד ב"מ דף ק. דכותב דהתוס' אצלנו היו צריכים לומר דחזקת מרא קמא הוי כמוחזק ממש, דאל"כ הרי חזקת מעוברת עדיף מכל שאר חזקות כיון דהוי חזקת הגוף, וכמבואר בתוס' כתובות עה: ד"ה אבל, דנגד חזקת הגוף לא מתחשבים בשאר חזקות. ומבואר לדעת ר' אלחנן דלתוס' דידן חזקת מעוברת הוי חזקת הגוף. ובענין סברת חזקת הגוף עיי"ן בהערות של הגרש"ז אורבך על

הש"ש, שמעתתא ב' הערה ד', שהסביר דכיון דחזקת הגוף הוי מציאות בגוף החפץ, הרי דהוי כבירור דהדבר בחזקתו כיון דכן הוא במציאות עכשיו, ומסתמא דלא ישנה המצב הפיזי של הבהמה. יוצא דלתוס' דידן הוי מעוברת מציאות בגוף הבהמה, לכן נחשב כחזקת הגוף, דהרי עובר ירך אמו, ויוצא ממש כדברי הנתיבות דתוס' דידן יסברו דעובר הוי חלק מגוף הבהמה, ולא שנא מרגלה. משא"כ לר"ת, דכיון דהעובר לא הוי חלק מגוף הבהמה, הוי כדבר שלא בא לעולם ואינו יכול לקנות העובר עצמו, אלא אגב אמו כדקל לפירותיו, ממילא יוצא לר"ת דאין חזקת מעוברת נחשבת חזקת הגוף, דהא אין העובר בכלל נחשב לחלק מגוף הבהמה.

אם כנים הדברים בדעת ר"ת, דעובר בכלל אינו חלק מהאם, אפשר לתרץ קושיא אר"ת ממקום אחר. עיין תוס' בכורות דף כ: דשם כותב ר"ת חידוש לדין דאנו חוששים למיעוט במקום דיש לסומכה לחזקה, ולומד כן מהא דאיתא שם בגמ' דרוב בהמות אינם חולבות אא"כ ילדו תחילה, אבל ר"ת פוסק דחלב בהמה אינה פוטרת את הבהמה מהבכורה. והא לכאורה איכא רוב, דרוב בהמות אינם חולבות אא"כ יולדות, והא דבהמה זו חולבת הוי ראייה דילדה כבר. כותב ר"ת דיש לסמוך המיעוט דבהמות החולבות בלא לידה לחזקה דהבהמה עדיין לא ילדה, ובוזה י"ל דאין הולכים בתר הרוב. והא לכאורה קשיא, דעיין בתוס' חולין דף יא: ד"ה לר"מ דאין לומר סמוך מיעוט דלא יולדות וחולבות לחזקה דלא ילדה, דהא איכא חזקה כנגדה שבהמה במעי אמו בחזקת חולין גמור הוא ואם באת לקדש בכור זו מכח חזקה שלא ילדה, לא תוכל דהרי הוא עומד נגד חזקת חולין הפוטר את העובר מבכורה. והא צ"ע לכאורה בדעת ר"ת דכן סומך מיעוט דחולבות ולא ילדו לחזקה דלא ילדה, ואמאי אינו חושש לחזקה דבהמה במעי אמו בחזקת חולין גמור הוא עומד. ולדבירנו אולי אפשר לתרץ דהא עובר במעי אמו לא הוי חלק גמור מאם, אלא דאיכא לבהמה דין בפני עצמו, דלא הוי חלק מגוף האם כלל, אלא דנקנה אגב האם כדקל לפירותיו, וככל דבר שלא בא לעולם. והרי לר"ת כיון דלא הוי העובר חלק מהאם, כרגלה, אלא הוי דבר עצמאי אם דינים לעצמו, לכן לא הוי העובר בחזקת חולין. והא לכאורה צ"ע דאם לא הוי חולין במעי אמו, מאי הוי הרי אנו קי"ל דקדושת בכור ברחם תליה, ולכאורה העובר אין לו קדושה כשלעצמו כלל.

ונראה דצ"ל חידוש בדברי ר"ת, דעיין בקהלת יעקב לבכורות סי' י"ח דאולי אפשר לומר דאיכא דין בכורת עיבור, דהיינו ידענו דאיכא בכור לרחם ובכור ללידה, דהיינו אפשר שיהיה ולד דהוי פטר רחם, אבל לא בכור לידה, וכולד הנולד לאחר יוצא דופן, וכן יוצא דופן הנולד ראשון הוא הבכור ללידה אע"פ שלא הוי הבכור לרחם. אבל הקה"י רצה לחדש דגם הראשון להתעבר, לו גם יש דין בכור כל שהוא. וזה מובן מאד לדעת ר"ת, דהא לדעת שאר ראשונים, כמבואר בנתיבות, הרי הולד הוי רק חלק מהאם, וכמו רגלה, ואיך שייך שיחילו עליו דין קדושת בכור במעי אמו, דהרי הוא לא אלים מרגלה. אבל לר"ת הרי כבר מבואר דלא הוי העובר חולין במעי אמו, דהא כיון דאיכא לעובר חיות בפני עצמו ולא הוי חלק מאמו, שפיר אפשר לומר דחל עליו כבר במעי אמו דיני בכורה, דהיינו בכור עיבור. וכן לכאורה מצאתי ראייה מפורשת לזה מדברי ר"ת עצמו בספר הישר סי' תקכ"א דכותב גבי מקרה דרב מרי בר רחל בבכורות דנענש משום דמכר בכורו בעוד במעי אמו לנכרי לפטרו כשנולד וז"ל ר"ת שם, שכיון שהעובר היה מוכן לקדש ביציאת הרחם כמו גזל כהן, עכ"ל. הרי לכאורה קשה כיון דאנו קי"ל דעד שלא יצא מהרחם לא קדיש הבכור, מאי אכפת לן אם הוי מוכן לקדש ביציאת רחם, וודאי דלא צריך שיהיה לו דין גזל כהן. אלא לכאורה יוצא לר"ת כדברי הקהלת יעקב שם, דבאמת איכא ג' מיני בכורות, איכא בכור לרחם, בכור ללידה, ובכורה לעיבור, ואפ' אם איכא בכור לעיבור אבל עדיין לא נולד הא כבר חל בו דיני בכורה להתקדש בבכור, ואפ' נחשב כגזל כהן דכבר איכא

לכהן קצת זכות בו כיון דהוי בכור לעיבור. ומכל זה יוצא שר"ת אזיל לשיטתו דחל דין זה אבכור כיון דבמעו אמו איכא לו חיות לעצמו.

ובעצם חידוש הקהלת יעקב הא צ"ע, דמקשה הקה"י שם על עצמו הא איך נאמר דאיכא דין בכור עיבור, הא ודאי דאנו סומכים רק אבכור רחם ובכור לידה, דאל"כ איך גבי תאומים אנו מקדשים את הראשון לרחם בקדושת בכור, מי נאמר דהוא היה הבכור לעובר ולא אחיו, והא אם אין הוא בכור עיבור, נהי דהוי בכור רחם, לא יתקדש בהמה זו בקדושת בכורה. ובאמת קושיא זו לא נראה תיובתא כ"כ, דהא אפשר לומר דנהי דמעיקר הדין אנו צריכים כל ג' מיני בכורה כדי שיחול דין בכור, במה דברים אמורים, אם אנו יודעים בודאי דלולד אחד איכא בכורה לעיבור ולשני בכורה לרחם, וכו'. וכן הוא ביוצא דופן, כיון דידיעין דאחד בכור לידה ואחד בכור רחם, א"א לקדש אחד מהם בקדושת בכור. משא"כ אם מסתפקים בבכור אחד אם יש לו קדושה, מחדשת לנו התורה דברחם תליה רחמנא, דהיינו דכיון דאנו ידעין בודאי דבהמה זו הוי בכור לרחם, ואין זו נסתר מבהמה אחרת דאיכא לה בכורה אחרת, נהי דאנו מסתפקין אי איכא לו שאר דיני בכורה, דהיינו בכורת עיבור וכדומה, אנו עושים את הבכור לרחם כודאי בכור.

ונהי דאפשר לתרץ קושיית הקה"י על עצמו, הא לכאורה קשיא לן טובא מהגמ' בבכורות דאיתא במשנה דף מו. דעובדת כוכבים שנתגיירה כשהיא מעוברת, הרי הולד נחשב בכור לכהונה, כיון דבזמן הרחם היה קדוש, והא אי בעינן בכור לעיבור הרי כאן ליכא כלל בכורה של עיבור ומשמע מגמ' זו דלא מתחיל כלל הדין דבכורה עד שעת הלידה ממש, ועדיין צ"ע לקה"י זו ולדברי ר"ת המבואר בו.

אם נאמר כדברי הר"ת וכדברי הקה"י הנ"ל איכא לנו הבנה חדשה בגמ' ב"מ דף ו: גבי תקפו כהן מוציאין אותו מידו וכו' אמר ליה ר' חנניה לרבה תניא דמסייע לך וכו' ואי סלקא דעתך תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו אמאי נכנסים לדיר נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן, ע"כ. וכתב הרמב"ם פ"ה מהל' בכורות הל' ג' דבספק בכור אם תפס הכהן אין מוציאין מידו, וכבר הקשו דהוא נגד מסקנת הגמ' דהספיקות נכנסים לדיר. ועיין בתשובת הרשב"א סי' שי"א שעוסק בפסק הרמב"ם בזה. ואם כדברינו הרי דנתי דבעובר רגיל דאיכא למוכר חזקת מרא קמא דהא הוא בעל האם וקונה את הולד אגבה, אבל בולד הראוי להתקדש ברחם, דהיינו באיכא לולד זו קדושת עיבור, הרי אין לומר דהישראל הוא הבעלים מוחזקים בולד בחזקת מרא קמא, דנהי דהאם הוי שלו, הא בולד הזה איכא כבר דין דבכור לעבור והוי עומד להתקדש בבכורה. ונהי דבסוף נסתפקנו אם באמת התקדש לשם בכורה, דהא נסתפקנו בלידה אי קדיש ברחם, בכל זאת לא אלים כח הבעלים בעובר דהוי ראוי לקדושת בכור. ולכן מובן הא דפסק הרמב"ם פ"כ מהל' מכירה הל' י' דבמחליף פרה בחמור דאיכא לבעל מרא קמא, ובעומדת באגם על הלוקח להביא ראייה, נהי דבבכור תקפו כהן אין מוציאין מידו, דגבי בכור לא חל חזקת מרא קמא במקום דאיכא עובר העומד להתקדש כיון דהוי בכור לעיבור.