

קנין המשפט



אלו מציאות
הלכות אבידה ומציאה



קנין המשפט

מערכות וחידושים
בפרק אלו מציאות
ובשו"ע חושן משפט
הלכות אבידה ומציאה
סי' רנט – רעא

יו"ל ע"י חו"ר כולל "קנין המשפט"
קארלין סטאלין מודיעין עילית
בנשיאות כ"ק מרן אדמו"ר שליט"א

תשפ"ג לפ"ק

יו"ל ע"י
מוסדות קרלין סטולין
מודיעין עילית

לתגובות והערות
Karlin.org.il@43
נודע ביהודה 14
מודיעין עילית

תוכן העניינים

פתח דבר - דבר ההנהלה

בשער המשפט

חידושי תורה מראשי הכולל

- א מצוות השבת אבידה אם הוא חייב לשמים או לבריות
הרה"ג ר' דוד בריזל שליט"א
- ז דין ייאוש לאחר שהגיע לרשות מוצא – סי' רנט
הרה"ג ר' יעקב בריזל שליט"א
- לד חייב הכרזה לפנים משורת הדין – סי' רנט
הרה"ג ר' דוד בריזל שליט"א
- מא תרנגולת שמרדה ובגדר זוטו של ים – סי' רנט
הרה"ג ר' יעקב בריזל שליט"א
- מט בדין ייאוש בטעות – סי' רסב
הרה"ג ר' יעקב בריזל שליט"א
- נג האם שומר אבידה צריך קנין להתחייב בשמירה – סי' רסז
הרה"ג ר' יעקב בריזל שליט"א
- סא דין מתנה שניתן לבן הסמוך על שולחן אביו – סי' ער
הרה"ג ר' יעקב בריזל שליט"א

חידושי תורה מחברי הכולל ע"פ סדר הסימנים

סי' רנט

- עא בביאור גדרי וענייני יאוש וזוטו של ים
הרב שלמה בריזל
- קח תלייה ברוב או בייאוש באבידה
הרב נפתלי חיים שוחט
- קל אם הולכים אחר הרוב באבידה
הרב יוחנן בריזל

דין זוש"י באבודה ממנו אך לא מכל אדם קמה
הרב מנחם מנדל פרידמן

סי' רס

סוגיא דספיקות באבידה קסה
הרב דוד דישון

ביאור דעת הר"ן בספק הינוח קפ
הרב מאיר טרבילו

אבידה בדרך הינוח קפח
הרב שלמה בריזל

סי' רסא

מחלוקת הרמב"ם והטור באבידה מדעת רז
הרב דוד צבי רוזנטל

סי' רסב

גדר דין ייאוש שלא מדעת ריב
הרב דוד צבי רוזנטל

בירור הלכה בדיני סימנים בזמנינו רכא
הרב אברהם אלימלך לעדרייך

מציאת כסף בזמנינו רלג
הרב אברהם אלימלך לעדרייך

סי' רסד

התחייבות הבעלים למציל חמורו מן הנהר רמא
הרב שמואל בריזל

סי' רסה

ההיתר והמחייב ליטול שכר בהשבת אבידה רמו
הרב שלמה בריזל

סי' רסז

- הפטור בהחזירה למקום שיראנה רסב
הרב שלמה זלמן הלוי סגל
- דיני השבת אבידה בזמן הזה רסד
הרב דוד דוב לעדערייך
- ביאור חיוב שומר אבידה ודין ספק שומר אבידה רפג
הרב יעקב ברנשטיין

סי' רסח

- גדרי ודיני משתמרת בחצר רצ
הרב יוחנן לובין
- גדר קנין ארבע אמות ש
הרב שלמה בריזל
- דין 'באיסורא אתי לידיה' בחצר שאינו קונה שי
הרב מאיר טרבילו

סי' ער

- קטן שמוצא מטבע והמסתעף שכג
הרב מנחם מנדל פרידמן

פתח דבר - דבר ההנהלה

בשמחה רבה הננו מתכבדים להגיש לפני שוחרי התורה וההלכה את הקובץ 'קנין המשפט' על הלכות 'אבידה ומציאה' פרי ביכוריהם ותנובת עמל התורה, של חכמי ורבני הכולל המפואר ללימוד דיינות וחושן משפט 'קנין המשפט' שהתייסד בקהילתנו, בו שוקדים קיבוץ מובחר של אברכים תלמידי חכמים הצוללים בעמקי ים התלמוד, לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא.

תודות להשי"ת, זכינו שקהילתנו במודיעין עילית המשמשת פינת יקרת להפצת והרבצת התורה ברשת הכוללים לכלל חברי הקהילה אשר עוסקים בהם בכל מקצועות התורה, התייסד כולל 'קנין המשפט' להשתלמות בלימוד שו"ע חו"מ, בראשות הרבנים הגאונים יושבי על מדין, ה"ה רבי דוד בריזל שליט"א ורבי יעקב בריזל שליט"א, אשר ידיהם רב להם בהרבצת תורה והלכה זה שנים רבות והעמדת תלמידים מופלגים.

במשך תקופה ארוכה עמלו חכמי ורבני הכולל שליט"א בלימוד פרק אלו מציאות בעיון רב, ובלימוד שו"ע חו"מ בהלכות אבידה ומציאה. כאשר לאחר סיום מקצוע זה, עמדו חכמי ורבני הכולל שליט"א בכור המבחן אצל גדולי הדיינים והרבנים שליט"א אשר הביעו התפעלותם מבקיאותם והבנתם של חכמי הכולל.

לאור היגיעה וההשקעה שהשקיעו בלימוד ובירור עניינים אלו, אשר כידוע עניינים אלו שכיחים ביותר המה, ורבות השאלות שלא התבארו בדברי הפוסקים, ביקשו חכמי ורבני הכולל להעלות פרי תנובתם עלי גליון למען יעמדו לימים רבים וישמשו כיתד ופינה למען יושבי על מדין ועמלי התורה העוסקים בעניינים אלו. ואכן לאחר מאמץ ויגיעה רבה התקבצו בירורי הסוגיות ובירורי הלכה בשאלות מצויות אלו, החל מהבירור ביסודות הסוגיא בפרק אלו מציאות עד להלכה למעשה ממשנתם של גדולי הפוסקים בדורות האחרונים.

בהזדרת וחדרת קודש נעלה ברכותינו אל ראש משביר, הוד כקש"ת עטרת ראשינו ונזר תפארתנו כ"ק מרן אדמו"ר מסטאלין קארלין שליט"א, אשר בצילו חוסים, וכל מעייניו נתונים להצלחתנו, מאיר עינינו ומורה דרכינו בנתיב העולה בית א-ל, עתירתנו פני שוכן מעונה, ימים על ימי מלך תוסיף, ויראה ברכה בעמלו. כה יתן ד' ויוסיף כח ויארץ ימים על ממלכתו בבריות גופא ונהורא מעליא, בימיו ובימינו נזכה להוושע בציון וירושלים בשוב ד' שבות עמו.

ברכה מיוחדת נשגר קמיה שלוחו של כ"ק אדמו"ר שליט"א, בנו יקירו פע"ח הרה"צ ישראל חיים שליט"א אשר מלווה אותנו בכל מפעלות התורה והחינוך והחסד בקהילתנו, יהא רעוא שתשרה שכינה במעשה ידיו, ויזכה להרבות פעלים לתורה ולחסידות מתוך שמחה ונחת כל הימים לתפארת כרם בית אהרן וישראל.

וכאן המקום להביע רגשי תודתינו וברכת ברוך אשר יקים את דברי התורה אל 'תומכי המוסדות' ומחזיקי התורה, אשר חלק כחלק יאכלו בהטותם שכם ומוטים כתף להחזיק תורה ועמליה בטהרה. ויהא רעוא כי זכות החזקת התורה יעמוד להם להתברך בכל הברכות האמורות למחזיקי תורה ומילוי משאלות לבבם לטובה ולברכה בבני חיי ומזוני רויחי וכט"ס. בעת נעילת שער, נישא כפינו בתפילה ליושב מרומים, השקיפה ממעון קדשך וראה לגיונות לגיונות של תלמידי חכמים המשליכים תחת גוום מנעמי תבל, ומוסרים נפשם לעמל התורה לעסוק בליבון הסוגיות ובירורי ההלכות, ברכם שמרם, ורומם קרן עמלי תורה בטהרה, להגדילם ולהאדירם ברוח ובגשם, ונזכה לראות מהרה בבוא גואלנו במהרה בימינו אמן ואמן.

בברכת התורה

פנחס ברנשטיין

בשער המשפט

בשבח והודיה לה' הטוב, שהחיינו וקיימנו ביראתו הטהורה והגיענו לשמוח בשמחת התורה, אנו מברכים היום על המוגמר בהופעת קובץ נכבד זה, המאסף ומכיל בתוכו מערכות וחידושים על שו"ע חושן משפט הלכות אבידה ומציאה, פרי ביכורי כולל 'קנין המשפט' קארלין - סטאלין מודיעין עילית ת"ו.

הלכות אלו, הנוגעות למעשה כמעט מידי יום ביומו, נלמדו ונידונו בין כותלי בית המדרש על ידי האברכים החשובים בדיבוק חברים, החל ממקורם בגמ' ובראשונים בעיון עד לאסוקי שמעתתא אליבא דהילכתא בשו"ע בעומק העניינים ובהיקף כראוי, למען יצאו מחוורים כשמלה ויהיו הדברים שמחים ומאירים כנתינתן, קילורין לעיניים. חו"ר הכולל אף נקטו קולמוס בידם והיה הקנה להם לחבר, בהעלותם את חידושיהם על הכתב להנות בהם בני אדם, עדי יצא הקונטרס הנוכחי.

הנה יפה אף נעים, בתקופת חג השבועות זמן מתן תורתנו, להעתיק הנה דברי הספה"ק קדושת לוי לשבועות, וזל"ק: "נשאלתי במדינת ליטא מפני מה נקרא חג השבועות בשם עצרת, והלא לא נזכר בתורה שם עצרת רק בשמיני עצרת (במדבר כט לה). והשבתי בשלושה אופנים. אופן אחד הוא על דרך הפשט, הלא נראה בכל החגים יש בהם שני מיני עבודות להבורא ברוך הוא, האחד הוא בעשיית המצווה השייך לחג פלוני, בפסח אכילת מצה ודומיהן, והב' הוא איסור עשיית מלאכה. ובחג שבועות אינו כן רק מצוה אחת, דהיינו שאנו נעצרים מעשיית המלאכה, ועל זה נקרא בשם עצרת.

"אופן הב', לפי שאנו רואים בחוש השכל שכל הימים טובים נקרא שמותן על שם המאורע, דהיינו על שם מצוות הנוהגות, וכן שאר מועדים. מה שאין כן יום שבועות אין נקרא על שם המאורע רק על שם מצות הספירה. והנה צריך להבין מפני מה נקרא יו"ט הזה על מצוה שעברה. מפני שהוא סיום מצוה, כמו שאמרו חז"ל (שבת קיח): 'תיתי לי דכד מסיימי וכו'. וכמו שבאיזה סיום מסכתא אזי גדול מאוד השמחה ועושין סעודות גדולות, כמו שראינו באיזה אנשי מעשה אשר תורתם אומנתם. ובאמת לשמחה זו מה זו עושה, הלא כבר עברה המצוה ההוא, אבל הוא מנהג נכון כמו שפירש רש"י (ויקרא כג לו) על שמיני עצרת שקשה עלי פרידתכם, למה הדבר דומה לשר אחד שהזמין את המלך עם כל שרי המלוכה על סעודה אחת, אחר הסעודה כשרצה המלך לנסוע לביתו אז אמר למלך קשה עלי פרידתך ממני, על כן עצור עצמך עוד בכאן בכדי שלא יפרדו איש מעל אחיו. והוא הדין כאן, לפיכך נקרא שמיני עצרת, לפי שכל ימי החג מקריבין כמה פרים וכמה אילים, על זה אנו עושים שמיני עצרת בכדי לעצור עוד השמחה. וזה הטעם גם כן בסיום מסכתא. וזהו גם כן הטעם של חג השבועות, שאנו עושים אותו יו"ט על סיום מצוות ספירה שזיכה אותנו הבורא ברוך הוא, ועל זה נקרא בשם עצרת.

"אופן הג', הוא על פי דברי הרמב"ן (האמונה והביטחון פי"ט) שפירש על פסוק (שיר השירים ח ד) 'מה תעירו ומה תעוררו את האהבה עד שתחפץ', ופירש כשמגיע לאדם איזה התעוררות

של יראה ואהבה להבורא ברוך הוא אזי תיכף ומיד יראה לעשות לה כלי, היינו שיעשה תיכף איזה מצוה, דהיינו שיתן צדקה או ישב תיכף ללמוד וכדו'. כי ידוע שהתעוררות הבאה אל האדם בפתע פתאום הוא אור הנשפע עליו מלמעלה ונקרא בחינת נשמה, אזי צריך האדם להלבישה בגוף בכדי שיהיה לה חיזוק ובסיס שלא יהיה מוטה חס ושלום, כידוע למביני מדע. וזה פירוש הפסוק 'מה תעירו ומה תעוררו את האהבה עד שתחפץ', כי 'חפץ' הוא מלשון כלי, דהיינו ההתעוררות ההוא שבא אל האדם צריך תיכף ומיד כלי, וזה 'עד שתחפץ', עד כאן לשונו אף שאין זה לשונו ממש. והנה בשעת מתן תורה שהיה בודאי לישראל אז התעוררות גדולה ולא היה להם עדיין שום מצוה לעשות בהתעוררות כלי, מוכרח לומר שהיו מקיימים מצות הגבלה שהזהיר משה רבינו ע"ה שלא ליגע בהר (שמות יט יב), והם היו נעצרים מליגע, וממצוה הזה היו עושים כלי להתעוררות, ועל שם זה נקרא בשם עצרת". עכ"ל.

נמצאנו למדים מדבריו, כי עניין ומהות שם חג העצרת (באופן ה' והג') הוא, או על שם סיום המצוה, או על שם המצוה שבאמצעותה הלבישו את האור וההתעוררות בכלי וחפץ. והנה מה טוב ומה נעים שנזדמנו שני עניינים אלו לפתחנו בפרוס העצרת, הן סיום לימוד וחזרת הלכות אבידה ומציאה, והן הכנסת ההתעוררות והחידושים בכלי, הלא הוא קונטרס נכבד זה, למען ייחקקו הדברים על לוח הלב ויעמדו ימים רבים.



ברכות יעטה מורה מורינו, בחרדת קודש נשגר ברכת הדיוט אל כ"ק מרן אדמו"ר שליט"א, נשיא הכולל ומורה דרכינו, אשר ממיימי אנו שותים ובצלו אנו חוסים. יהא רעוא כי יאריך ימים על ממלכתו ויזכה לקבל פני גואל צדק, בעגלא ובזמן קריב.

"מודים דרבנן היינו שבחייהו". כאן החובה להודות לכבוד הנהלת המוסדות 'קארלין סטאלין' מודיעין עילית והעומד בראשה ידידנו הרה"ח ר' פנחס ברנשטיין שליט"א, הדואג תדיר לבל יחסר המזג בלב ונפש חפצה. ימלא ה' ידיו ותהי משכורתו שלימה מעם ה', יברך ה' חילו בכפליים לתושייה להגדיל תורה ולהאדירה.

כן הננו להוקיר את הרבנים הגאונים ה"ה הרה"ג עמרם בריזל שליט"א והרה"ג יצחק יוסף מרק שליט"א, העומדים על המשמר בוועד הכולל, מתוך הבחנה ושימת לב על כל פרט ופרט. ישאו ברכה מאת ה' ויראו ברכה בכל מעשי ידיהם, להרבות חיילים לתורה ולתעודה.

כאן המקום להוקיר את אחד ממיוחדי בני החבורה הרב נפתלי חיים הלוי שוחט שליט"א שנטל על עצמו את מלאכת עריכת הקובץ הנוכחי, והשקיע מכשרונותיו הברוכים להעמיד דבר דבור על אופניו ברוב פאר והדר, יהא רעוא שיזכה להפיץ ממעיינות תורתו כהנה וכהנה אמן ואמן.

ובצאתנו מן הכרך נישא לבב וכפיים אל א-ל בשמים, יהא רעוא מקדם מלך אוהב צדקה ומשפט, שנזכה לקבל את התורה כדבעי, ולא תמוש התורה מפינו ומפי זרעינו וזרע זרעינו עד עולם לעשות את כל דברי התורה הזאת.

ראשי הכולל

יעקב בריזל דוד בריזל

ראה"כ הרה"ג ר' דוד בריזל שליט"א

מצוות השבת אבידה אם הוא חייב בין אדם לחברו או בין אדם למקום

יש לחקור בחיוב מצוות השבת אבידה, האם הוא חייב ש'בין אדם לחברו', או שהוא חייב ש'בין אדם למקום'. והנפק"מ בזה, באופן שאחד יכול להשיב אבידה לבעליה ואינו רוצה בכך, [ועדיין לא לקח האבידה לרשותו], האם יש לבעל האבידה זכות תביעה בבי"ד לתבעו שיקיים מצוות השבת אבידה או לא. שאם הוא חייב בין אדם לחברו יש לבעל האבידה זכות תביעה בבי"ד, אבל אם הוא חייב בין אדם למקום אין על בעל האבידה זכות תביעה בבי"ד, אלא שיש חייב על בי"ד לכופו על המצוות כמו שאר המצוות, ואין זו תביעה של בעל האבידה עליו.

ועוד נפק"מ יש לדון בזה, שאם החייב הוא בין אדם לחברו, באופן שלא קיים המצוה, הרי זה חייב לבקש מחילה מבעל האבידה. ואם אינו חייב שבין אדם לחברו, א"צ לבקש ממנו מחילה.

והנה בדין השבת אבידה נתחדש שאם אחד מצא אבידה ואם יחזיר את האבידה יהיה לו הפסד ממון, אין עליו חייב להשיב האבידה. ודין זה נלמד מהפסוק 'אפס כי לא יהיה בך אביון' שנלמד 'שלך קודם לשל חבירך', שאע"פ שבכל מצוות התורה חייב אדם להפסיד ולבזבז משל ממונו כדי לקיים המצוות, אך במצוות השבת אבידה אינו חייב להפסיד משלו.

ויש להוכיח שדין זה הוא דין כללי ב'מצוות ממוניות' שהתורה ציותה לדאוג לממונו של הזולת, שמצוות הללו יש בהם 'קולא' שאינם מחייבות אותו לדאוג על ממון חברו כשהוא יפסיד ממון משלו. אך מאידך, יש להקשות שמצינו שמצוות ממוניות חמורות משאר מצוות התורה, ואע"פ שבכל מצוות התורה אין אדם חייב להוציא יותר מחומש מממונו כדי לקיים המצוה, מצינו במצוות ואיסור ממון שחייב להפסיד כל ממונו כדי לקיימם. ולהלן יתבאר שבמצוות ממוניות ישנם שני סוגים, יש שהם חייב שבין אדם למקום והם קלות משאר המצוות, ויש שהם חייב שבין אדם לחברו והם חמורות משאר המצוות, וכמו שיתבאר לפנינו בעז"ה.



בהשבת אבידה שאינו חייב להפסיד משלו כדי להחזיר האבידה לחברו. ויש ליישב עפ"י מה שמצינו בדברי הפוסקים שלימוד זה שאין צריך להפסיד משלו כדי לדאוג לממון הזולת, הוא דין כללי בכל המצוות ממוניות, שהגבילה התורה שאין האדם מצווה להפסיד משלו כדי לדאוג לממונו של הזולת. וטעם הדברים, שכיון שהתורה רצתה שהוא ידאג לממון חברו, יש בזה סברא דמאי חזית לדאוג לממון חברו יותר מלדאוג לממונו שלו, שכיון ש'סיבת המצוה' היא כדי שחברו לא יפסיד ממון, הרי ככל שהוא בעצמו יפסיד ממון במצוה זו לא רצתה תורה שהוא ידאג לממון חברו ובכך יפסיד משלו, ועל כן באופן שיהיה לו הפסד ממון לא ציוותה תורה לדאוג לממון חברו. ולהלן נביא דברי הפוסקים בזה.

בגמ' ב"מ (דף ע"א) מבואר שאם יש לו מעות ויכול להלוותם לגוי בריבית ולישראל בלא ריבית, מוטל עליו להלוותו לישראל ולא לגוי, ונלמד מהפסוק 'אם כסף תלוה את עמי את העני עמך' - עמי ונכרי עמי קודם' עי"ש בגמ'. ויעוי' בשער המשפט סי' צ"ז (סק"א) שכתב לחדש שדין זה נאמר דוקא כשע"י ההלוואה לגוי יקבל רק ריבית מועטת, אבל אם יקבל מהגוי ריבית גדולה אינו חייב להלוות לישראל בחינם, שאינו צריך להימנע מלהפסיד הרווח שלו כדי להלוות לישראל העשיר, ולמד דין זה מהשבת אבידה שאינו חייב להימנע מרווח שלו כדי להשיב אבידתו של אחרים, והוסיף

מקורות שדין אפס לא יהיה בך אביון
הוא דין כללי במצוות ממוניות

א. בגמ' ב"מ (דף ל') מבואר שאם יחזיר האבידה יפסיד משלו, אינו מחויב להחזיר האבידה. והטעם בזה מבואר בגמ' שם: "דאמר רב יהודה אמר רב, 'אפס כי לא יהיה בך אביון' שלך קודם לשל כל אדם", ופי' רש"י: לא יהיה בך אביון - לא תביא עצמך לידי עניות. וכן מבואר בגמ' (בדף ל"ג) שאם נאבדה לו אבידה ויש לפניו גם אבידת אביו או אבידת רבו, אבידתו קודמת מפני שנאמר לא תהיה בך אביון, עי"ש.

והנה מקור הפסוק 'אפס לא יהיה בך אביון' הוא בדברים (פרק ט"ו, ד) בהמשך למצוות שמיטת כספים, שהתורה מברכת את בני ישראל שאם ישמרו שמיטת כספים לא יהיו בהם אביונים. וצ"ב כיצד נלמד משם דין זה. ומצינו ברש"י בסנהדרין (דף ס"ד: ד"ה התם) שביאר בדברי הגמ' בסנהדרין שם, וז"ל: התם מאפס כי לא יהיה בך אביון - דאי לאו לאזהרה אתא אלא להבטחה שמבטיחם שלא יהיה בהם אביונים, נכתוב לא יהיה בך אביון, מדכתיב אפס - לאזהרה אתא, כלומר: אפס וחדל וכלה עניות ממך, אפס לשון חדלה וכליה, כמו (בראשית מז) כי אפס כסף. עכ"ל.

אך הדברים צ"ע מנין נלמד משם לגבי מצוות השבת אבידה, שהרי בפסוק שם לא נזכר כלל מצוות השבת אבידה, וכיצד אפשר ללמוד משם שהוא פטור מיוחד

נאמרה גם כשהעשיר אבד אבידה ואין זה צדקה, ואה"נ באופן שהוא עני חייב להשיב האבידה מדין צדקה].

ולאור יסוד האחרונים שבמצוה שבממון אינו חייב להפסיד משלו, נראה ליישב סוגיא נוספת, שמצינו בגמ' ב"ק (דף ק"ג) שהגולן אינו חייב לילך עד מדי כדי להשיב את הגזילה לנגזל, ועי' במנחת חינוך (מצוה ק"ל) שהקשה שהרי קי"ל שבכל המצוות מחויב להוציא ממון עד חומש ומדוע כאן אינו חייב לילך עד מדי כדי לקיים מצוות השבת הגזילה. ומצאתי להפני" (ב"ק בדף ק"ג:) שכתב וז"ל: ואי משום שצריך לקיים מצות השבת גזילה ממש ליד הנגזל, מ"מ כיון דאית ליה פסידא שצריך להוציא מנה על מנה, לא שייך לכופו בכה"ג, שהתורה לא חייבה את הגולן להפסיד משלו כלום. עכ"ל. ונראה ביאור דבריו, עפ"י המבואר בדבריו בב"מ שבכל המצוות שבין אדם לחברו אינו מחויב להפסיד משלו עבור אחרים, ובזה מתבארים דבריו בב"ק, שמצוות השבת הגזילה הוא מצוה שבין אדם לחברו, ולא חייבתו תורה להפסיד מממונו עבור כך.

ומצאתי כמהלך זה בדברי יחזקאל (ס"י י"ג סק"ג) שכתב: והא דגולז את חברו א"צ להוליך אחריו למדי רק בנשבע, כבר עמד ע"ז במנ"ח (מצוה ק"ל) יעו"ש. אמנם הדבר פשוט דכל שהאיסור הוא מצד סרך ממון חברו אין לו לבזבז ממונו כדי להשלים ממון חברו דמאי חזית, וזהו בכלל מאי דגלי

שריווח מועט יש לו להפסיד כדי להלוות לישראל, שהתורה גילתה כאן חיוב מיוחד שצריך להלוות לישראל ולא לגוי, אבל בהפסד מרובה יש ללמוד מהשבת אבידה שפטור עי"ש. ומבואר בדבריו שדין זה הוא דין כללי בכל המצוות שבין אדם לחברו שאינו מחויב להפסיד משלו כדי לדאוג לחברו.

וכיסוד זה מבואר גם בדברי הפני יהושע (בב"מ דף ע"א שם) שכתב וז"ל: ואין להקשות נמי להיפך אמאי אמרינן באמת דישאל קודם לריבית דעכו"ם, דהא בכל דוכתא אמרינן דהיכא דאיכא פסידא ידידה שלו קודם לשל כל אדם וילפינן לה מקרא דאפס כי לא יהיה בך אביון. יש לומר דשאני התם שעיקר המצוה אינו אלא משום הפסד ממון חברו בכה"ג, ואמרינן דבמקום פסידא ידידה שלו קודם לשל כל אדם, משא"כ הכא שעיקר המצוה להלוות לעני כדי להחיותו והיא אחד ממצוות הצדקה א"כ פשיטא דלא שייך בכה"ג לומר שלו קודם וק"ל. ע"כ. ומבואר שהוקשה לו מדוע אינו דומה להשבת אבידה שאינו חייב להפסיד משלו, ותירץ שכאן מדובר שמלווה לעני וזה חלק ממצוות צדקה, ובצדקה גילתה התורה שהוא מחויב להוציא ממון עבור העניים. [ועי' במרחשת ס"י מ"ג שגם עמד בקושיא זו, מדוע בצדקה מחויב ליתן אף שהוא מפסיד, ותי' שמצוות צדקה היא מצוה מיוחדת שצריך ליתן משלו עבור העני. וצ"ל שבהשבת אבידה לא שייך לחייבו מדין צדקה, מפני שהשבת אבידה

דמצוה דכיבוד אב הוי בכלל הנך מצוות שאינם חיוב של ממון לחברו מדחזינן דלא הוי בכלל אפס כי לא יהיה בך אביון דקי"ל שלך קודם לשל כל אדם, דאפשר דשפיר הוי כיבוד בכלל כל מצות שבממון, והא דמחויב להביא הגזלות משל בן הוא דזהו עצם המצוה, וכך הוא המצוה להאכיל ולהשקות אביו משלו, אבל כל שאינו בכלל גוף הכיבוד, כגון באופן שנסתפקו התוס' אם חייב הוא להניח אבידתו בשביל כיבוד אביו, זה אינו מחויב דהא כיבוד הוי בכלל מצוות של ממון דקי"ל בהוא שלך קודם לשל כל אדם, וע"כ הוי אבידתו קודמת לכיבוד אביו עכ"ל. ומבואר שלמד שגם בכיבוד אב ואם שייך יסוד זה. [אמנם בברכת שמואל שם דן שיש אומרים שחיוב כיבוד אב ואם אינו חיוב שבין אדם לחברו אלא הוא חיוב כלפי שמיא, וע"ע בשיעורי ר' שמואל (ב"מ פ"ב ס"י ס') משכ"ב].

קושיא על יסוד זה שמצינו שחייב להפסיד כל ממונו למצוות ממוניות

ב. והנה יש להקשות על יסוד זה, שמאידך מצינו שמצוות שבממון חמורים יותר, שאפי' באופן שיצטרך להוציא כל ממונו הרי זה מחויב להוציא ולהפסיד כל ממונו, שהרי הדין הוא שפריעת בע"ח מצוה ומחויב לשלם כל ממונו. והאחרונים כתבו שכן מוכח גם בגמ' בקידושין (דף כ"ט) שבפדיון הבן מחויב להוציא כל ממונו כדי לפדות את בנו, וקשה מדוע חייב להפסיד כל ממונו כדי לקיים מצוות אלו.

קרא לענין השבת אבידה דשלו מרובה משל חברו פטור מהשבה אע"ג דבשאר מצוות עשה מחויב לבזבז חומש ממנו כמבואר באו"ח סי' תרנ"ו וכו' עכ"ל.

והנה החינוך (מצוה תקפ"ח) כתב לגבי המצוה ליתן שכר שכיר ביומו, וזה לשונו: אם אינו יכול לפורעו באותו יום אלא אם כן יאבד הרבה משלו לא חייב הכתוב בזה לפי הדומה עכ"ל. ועי' במוצל מאש (סי' מ"ה, וציין לדבריו הרע"א סי' של"ט ס"י) שהקשה על החינוך מדוע מצוה זו שונה מכל המצוות שמחויב להוציא עד חומש מנכסיו כדי לקיימם עי"ש. ובישוב קושיא זו מצאתי להאמרי בינה (דיינים סי' י"ט) שכתב שכמו בהשבת אבידה אינו מחויב להפסיד משלו כדי להשיב האבידה, גם מצוה זו שהיא מצוה שבין אדם לחברו שנצטווה בה לטובת הפועל, לא חייבתו התורה שיפסיד משלו עבור מצוה זו עי"ש.

ומצינו יסוד זה לגבי מצוות כיבוד אב, דנחלקו בגמ' בקידושין (דף ל"ב) אם החיוב הוא משל בן או משל אב, וכתבו התוס' (ב"מ דף ל"ג ד"ה אבידת) שאפי' למ"ד משל בן היינו דוקא כשצריך להוציא הוצאות כדי לכבד את אביו, אבל באופן שנאבדה לבן אבידה והאב אומר לו שלא יחזיר אין חייב להפסיד האבידה שלו כדי לכבד את אביו עי"ש בתוס'. ובביאור סברת התוס' כתב בברכת שמואל (יבמות סי' ג' סק"ג) וז"ל: והסבר תירוצם נראה דאפי' למ"ד דכיבוד הוי משל בן מ"מ א"צ לומר

ימכרו כל הקרקע יהיה פסידא, מה יהא דינו. והשיב, אם קרקע בר שכירות הוא, שוכרין אותו [כלומר, משכירים] ופורעין לזה משכירותו. ואי לא, מוכרין את כולו ופורעין לזה, דהא אמרינן הכא תזבון כתובתה בטובת הנאה ותיתיב ליה, ואע"ג דמטי לה פסידא רבה בהכין, עכ"ל.

ביאור הדברים: שבגמ' (בבא קמא שם) דנו בדין האשה שהזיקה ממונם של אחרים ונתחייבה לשלם להם, אך אין לה מהיכן לשלם שהרי כל מה שיש לה שייך לבעלה, ועל זה שאלו בגמרא שכיון שהבעל חייב לה כתובה, מדוע לא נכריח אותה למכור את הכתובה בזול עתה [כלומר, שהקונה יזכה בדמי הכתובה במקרה שהאשה תתגרש או תתאלמן בעתיד], ותפרע בדמי הכתובה את חוב ההיזק שהיא חייבת לניזק, יעו"ש בגמרא. ומכאן למד הרשב"א, שאע"פ שהאשה תפסיד הרבה, שהרי חוב הכתובה בזמן הפרעון הוא סכום גדול, ובמכירת הכתובה כעת היא נמכרת במחיר מוזל ביותר, ומכל מקום מבואר בגמ' שכיון שיש לה חוב כספי לפרוע את החוב לניזק, מוטל עליה לעשות כל מה שביכולתה אע"פ שתפסיד מכך כסף רב, ומכאן למד הרשב"א לשאלתו שגם כאשר יצטרך למכור את הקרקע בזול, הרי זה מחויב בדבר.

וכדברים הללו יש להוכיח גם מדברי השו"ע (סי' קא, סעיף יא) בלווה שחייב מעות למלוה ישראל, והוא חייב מעות גם למלוים גוים, וחושש שאם יפרע

ויעוי' בכתבי הגר"ח (כתובות דף פ"ו) שכתב וז"ל: גדול אחד שאל למ"ד פריעת בע"ח מצוה וכל החיוב הוא כמו סוכה ולולב עי' כתובות (דף פו ע"א), וא"כ כמו בסוכה ולולב כתבו הראשונים דאינו מחויב לבזבז יותר מחומש, א"כ ה"נ אי הוי רק בגדר מצוה לא יתחייב לבזבז יותר מחומש. והשיב הגר"ח דגם אי פריעת בע"ח הוי רק בגדר מצוה, מ"מ חלוק הוא משאר מצוות, דבכל המצוות גם לאחר שקונה תפילין, ציצית או לולב, מיקרי שקונה מממון שלו, ואם קנה ביותר מחומש א"כ בזבז ממונו יותר מחומש. אבל מצות פריעת בע"ח אף אם הוא רק מצוה, מ"מ לאחר שפורע ומקיים המצוה אמרינן שהחזיר ממון חברו ולא בזבז ממון שלו עכ"ל. ומבואר בדבריו שאם יש לחברו זכות בממונו שלו, כיון שנתחייב לשלם לו, לא נאמר בזה הדין שלא יבזבז יותר מחומש כיון שמחויב להחזיר לחברו ממון שמחויב לו.

והנה בדברי הגר"ח נתבאר שחייב להחזיר עיקר החוב כיון שיש בידו ממון של חברו בהלוואה, אך יש להוכיח שגם באופן שיפסיד יותר מדמי החוב, כגון שצריך לשלם חוב מאה ויצטרך להפסיד מאתים, הרי זה חייב להפסיד מאתים כדי לפרוע החוב של מאה. בספר חידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש (למסכת בבא קמא דף פט.): נשאל מורי ז"ל, מי שהיה חייב לחברו מנה ואין לו כי אם קרקע אחד גדול שווה עשרים מנה, ואין יכולים למכור ממנו בכדי מנה, ואם

שמבואר שם שתקנת יהושע שאם יפסיד משלו הרבה מותר לו להזיק לחברו הפסד מועט וישלם לו על כך, ומבואר שמעיקר הדין אסור לו להפסיד משל חברו הפסד מועט כדי להציל משלו הפסד מרובה. ובגמ' בב"ק (דף ס': ודף ק"ז) דנו גם באופן שהמזיק נמצא במצב של סכנת נפשות אם מותר לו להזיק ולגזול ממון אחרים, וקשה מדוע אין אומרים שבמצוות שבממון אין חיוב להפסיד ממון רב כדי שלא להזיק, ויהיה היתר להזיק ולגזול ממון אחרים.

דין עשה דוחה ל"ת באיסור גזילה

ג. והנה הכלל בכל התורה כולה הוא ש'עשה דוחה לא תעשה', שאם נודמן לאדם חיוב עשה, הרי זה דוחה את האיסור לא תעשה כדי לקיים את העשה. ויש לברר במצוות ואיסורים שבין אדם לחברו, אם נאמר כלל זה או לא. מצינו בפוסקים שדנו אם עשה דוחה לא תעשה של גזילה וכדלהלן, בשו"ת חתם סופר (קובץ תשובות סי' ז') כתב וז"ל: גבי גזילה לא שייך עשה

למלוה הישראל ולא יהיה לו מעות לפרוע למלוים הגוים, הם יכניסוהו למאסר. ופסק השו"ע שאין זו טענה, שכיון שכבר הגיע זמן הפרעון לשלם למלוה הישראל, הרי זה חייב לפרוע החוב אע"פ שייגרם לו הפסד שהגוים יכניסוהו למאסר. וכדברים הללו מבואר גם בדברי הרמ"א (סימן ק"ג סעיף א') בשם תשובת הרא"ש 'כללו של דבר אין שמין לו אלא דבר שיכול למכור מיד ולגבות חובו, ואין חוששין להפסד הלוח' עי"ש¹.

ומעתה יש להקשות, על מה שנתבאר לעיל שאין חייב להפסיד מממונו כדי לשלם שכר שכיר ביומו וכן אינו חייב לילך עד מדי כדי להשיב הגזילה, וקשה שהרי בחיובים אלו הרי נמצא בידו ממונם של אחרים, ומדוע אינו מחויב להוציא כל ממנו, ואדרבה מקילים עליו שאין צריך להוציא כלל ממון על כך אפי' עד חומש.

ועוד קשה, שבגמ' בב"ק (בדף פ"א:) מוכח שהאיסור להזיק או לגזול ממון אחרים הוא גם כשיהיה למזיק הפסד ממון רב,

1 ולאור הדברים האמורים, יש להקשות על מה שכתב הגרמ"מ שפרן שליט"א (קובץ הישר והטוב ח"ד עמוד כ"א) בלווה שיש לו חפצים ורהיטים משומשים ששוויים בשוק הוא מועט ואילו לבעליהם ערכם רב, האם חייב למכור החפצים במחיר מועט כדי לפרוע חובו, וכתב: קי"ל בסי' שס"ז ס"א הגוזל את חברו ולא נשבע לו לשקר אינו חייב לרדוף אחריו למדי להחזיר לו הגזילה, וה"ה לענין פרעון חוב אינו חייב ללכת אחריו למדי. ומה"ט נראה שאינו חייב להפסיד מממונו הרבה יותר מערך החוב כדי שיוכל לפרוע חובו, כגון אם טמן כסף תחת קרקע ביתו אפי' יש בו כדי לפרוע החוב אין לחייבו להרוס ביתו ולחפור בקרקע כדי להוציא המעות לפרוע, שלא חייבה אותו תורה להפסיד ממנו כדי לפרוע למלוה, כמו שלא חייבה אותו תורה לרדוף אחר המלוה למדי. ומטעם זה אינו חייב למכור רהיטים משומשים ששוויים לו הרבה ולקבל עליהם הרבה פחות מערכם והוא נמצא נפסד כד לפרוע לחברו עכ"ל. וכאמור לעיל, מצינו בדברי הראשונים והפוסקים שחייב להפסיד מממונו כדי לפרוע החוב וגם אם מפסיד יותר מדמי החוב, יש לחייבו בכך. ובחילוק שהגזול לחברו שאין חייב לילך אחריו עד למדי, יתבאר להלן בעז"ה.

שאע"פ שיש לו היתר לגזול את הלולב מ"מ אין זה לולב שלו, והדין הוא שצריך שיהיה הלולב שלו מפני שצריך 'לכם' עי"ש. ומבואר שבשאר מצוות שא"צ שיהיה שלו, שייך לדחות איסור ל"ת עבור קיום המצוות העשה. [ודברי השפ"א צ"ע מדוע לא נידח"ל לפרש כדברי התפא"י שאין זה בעידנא וצ"ע]. וראיתי להגר"ש אלתר שליט"א (קובץ שמחת התורה, ניסן תשפ"ב, עמוד ק"ע) שכתב להוכיח מדברי רבינו דוד (פסחים דף ל"ה: ד"ה והנראה) שסובר כשיטת השפ"א שהיה שייך דין עדל"ת באיסור גזל, שרבינו דוד כתב שם דעשה דמצה אינו דוחה ל"ת לכתחילה, והוכיח כן מהא דאין היתר לגזול מצה כדי לקיים מצוה, ומבואר שהשווה גזל לשאר איסורים עי"ש.

קושיית הגר"ח שמואלביץ מדברי הגמ' שיש דין עדל"ת להשיב אבידה

ד. והנה ראיתי להגר"ח שמואלביץ זצ"ל (הודפס בספר הזכרון לזכר הגר"ח שמואלביץ, עמ' שצ"ח) שהביא מה ששמע מהגר"ש שקאפ זצ"ל שאין איסור גזילה נדחה מפני מצוות עשה, והקשה על יסוד זה מדברי הגמ' בב"מ (דף ל"ב), שדנו שם בגמ' שמצוות עשה של כיבוד אב ואם דוחה את מצוות השבת אבידה, והקשה הגר"ח

דלולב או דקרבת ידחה לא תעשה דגזל, אפילו יהיה מצוה דרבים ולא בעי בעידנא, מכל מקום לא שייך עשה דוחה לא תעשה אלא במה שבין אדם למקום, אבל לעולם לא ידחה עשה את לא תעשה דגזל לקיים מצוות עשה בממון חברו, זה לא עלה על דעת מעולם עכ"ל. וכן כתבו בשאגת אריה (סי' צ"ו) ובחכמת שלמה להגר"ש קלוגר (אור"ח סי' תרמ"ט ס"א) ובשואל ומשיב (מהדורא תליתאה, ח"ב סי' קט"ז) וביד המלך (שבת ב, ג) ובשו"ת עונג יו"ט (ס' א' בהגה) ובשו"ת חלקת יואב (סי' כ"ז ד"ה ודע) ובשו"ת שבט סופר (אור"ח סי' ע"ט) ובשו"ת תורת חסד (אור"ח סי' ל' אות ב') ובשערי יושר (ש"ג פכ"ו) ובחי' הגר"ש (נדרים סי' א') שאין היתר לגזול מדין עדל"ת מפני שיש הפסד של הנגזל עי"ש. וכן צידד בשו"ת שם אריה (יו"ד סי' ס"ד) שאין בזה דין עדל"ת לדחות איסור של בין אדם לחברו².

מאידך, יש לציין כי מצינו לבעל התפארת ישראל (סוכה פ"ג, יכין אות א') שכתב שהיה שייך שידחה מצוות עשה את האיסור של גזילה, אלא שאין היתר לגזול לולב כדי לקיים את המצוה, מפני שאין זה בעידנא שהרי הוא גזול קודם קיום המצוה עי"ש. ובשפת אמת (סוכה דף ל') כתב טעם אחר שאין היתר לגזול לולב בכדי לקיים בו מצוותו,

2 ובשו"ת בית יצחק (יו"ד סי' קכ"ו אות ד') כתב דאף דעשה דוחה לל"ת, מ"מ איסור גזילה לא נדחה משום עשה, הן מפאת הוהו משבע מצות ואיסור חמור דלא נדחה, הן מפאת שהיא לפני הדיבור. עכ"ל. וכן כתב המהר"ם בנעט (דרשות, דרוש י') שאין דוחה מפני שהוא לאו שקודם הדיבור. וע"ע בשו"ת מכתב סופר (ח"ב סי' ל"ה) שביאר טעם נוסף שיש גם מצוות והשיב יחד עם איסור גזילה עי"ש.

שמואלביץ דלפי הגרש"ש הרי כיון שמטרת התורה היתה שהנאבד יקבל את אבידתו והיא מצוה שבין אדם לחברו, כיצד שייך בזה דין עדל"ת.

וקשה על הרמב"ן, שהרי האחרונים כתבו שאיסור גזילה שהוא לאו, אין אומרים שיידחה בעבור עשה, ומדוע השבת אבידה שהוא עשה ול"ת נדחה בפני עשה של כיבוד אב בלבד.

בביאור הטעם שאין ממון נדחה מפני איסור

ה. ועוד יש לעי' בסוגיא זו, שהרמב"ן שם ביאר הטעם שאין נדחה ממונא מפני איסורא, וביאר שיסוד זה מצינו בגמ' בכתובות (דף מ') שהאונס והמפתה אין לו היתר להנשא אליה כשהיא אסורה לו מדין עדל"ת, מפני שאם היא אומרת שאינה רוצה להנשא אליו אין לו מצוה זו, ולכן אין נדחה העשה עי"ש בגמ'. וביאר הרמב"ן שגם כאן שייך סברא זו שכיון שאם בעל האבידה מוחל על ההשבה אין מצוה זו, לכן אין נדחה האיסור מפני מצות השבת אבידה, וביאר הרמב"ן הסברא וזה לשונו: דכיון דאפילו בעל אבדה כהן אינו רשאי להטמא בה היאך יטמא זה בשבילה, והרי אם באו בעלים ואמרו לא בעינן לה ליתיה לעשה כלל, הילכך לא דחינן מצות עשה משום מצוה שבממון שאם הפקיר בעליו ממון זה פטור הוא מאותה מצוה, שהרי חייב הוא לומר כן כדי שלא יטמא כהן, ששניהן חייבין

והנה יש להוסיף על קושייתו, שבמקום אחר מצינו שמצוה של בין אדם לחברו קלה יותר משאר המצוות, והיא נדחית מפני איסורים אחרים אפי' במקום שאין הכלל שעשה דוחה ל"ת, בגמ' ב"מ (דף ל') דנו בכהן שמצא אבידה בבית הקברות אם מותר לו להיטמאות כדי להשיב האבידה מדין עשה דוחה לא תעשה, ואמרו בגמ' שאין בזה הכלל שעשה דוחה לא תעשה מפני שהעשה הוא עשה של ממון, ועל זה נאמר הכלל לא דחינן איסורא מקמי ממונא עי"ש, נאולם יש ראשונים שלא גרסו כן בגמ', ועי' רמב"ן ורשב"א שקיימו גירסא הזו].

ועי' ברמב"ן שם שכתב לחדש עפ"י דברי הגמ', שגם באופן שהאיסור הוא בין אדם לחברו הרי זה נדחה מפני מצוה שבין אדם למקום אפי' במקום ששאר איסורים לא היו נדחים מפני העשה, שכתב לבאר דברי הגמ' בדף ל"ב שבאופן שאביו אומר לו שלא להשיב אבידה, אע"פ שאין בזה כללי עשה דוחה ל"ת מפני שהשבת אבידה הוא לאו ועשה, מ"מ כיון שהשבת אבידה הוא איסור של ממון שבין אדם לחברו, נדחה איסור זה מפני חיוב כיבוד אב ואין לו להשיב האבידה מפני שיש עליו מצוות כיבוד אב, [ומ"מ

למחול למצוה זו, והביא דברי הגמ' בכתובות שאם יכולה למחול על חיובו להנשא עמה אינו דוחה הל"ת, וגם כאן כיון שיכול המלוה למחול לו על מה שנתחייב לפרוע לו בשבת, לכן אין היתר לפרוע לו בשבת עי"ש. וכן כתב בשו"ת באר יצחק (יו"ד סי' כ', בהשטות) שהקשה על המבואר בשו"ע סי' ע"ג שאם אחד נשבע שלא יפרע החוב באופן שחלה השבועה, אסור לו לעבור על השבועה ולפרוע לו את החוב, והקשה מדוע אין העשה של פריעת בע"ח מצוה דוחה את איסור השבועה מדין עדל"ת, וכתב לתרץ עפ"י הגמ' בב"מ הנ"ל, וביאר שהחיוב לפרוע החוב הוא מצוה שבממון, וכיון שיכול למחול החוב שלא יפרעו לו, לכן אין בזה דין עשה דוחה ל"ת עי"ש.

ומעתה קשה על המהר"ם חלאוה והבאר יצחק שכשם שאומרים שהמלוה צריך למחול החוב שלו, גם בגזילה יצטרך הנגזל למחול על האיסור גזילה ויהיה היתר לגזול.

דחיית איסורי תורה מפני כבוד הבריות

ו. והנה בגמ' ברכות (דף י"ט:) דנו אם איסורי תורה נדחים מפני כבוד הבריות, ואמרו בגמ': תא שמע והתעלמת מהם פעמים שאתה מתעלם מהם ופעמים שאין אתה מתעלם מהם, הא כיצד אם היה כהן והיא בבית הקברות או היה זקן ואינה לפי

בכבודו של מקום והתורה אמרה להחזיר אבדה לחברו ולכבד אביו ואמו בממונו ולא לעבור על המצות, ודמיא לההיא דגרסינן בכתובות (מ' א') היכא אמרי' דאתי עשה ודחי את ל"ת כגון מילה בצרעת דלא אפשר לקיומה לעשה אבל הכא אי אמרה לא בעינא ליה מי איתיה לעשה כלל, כלומר הואיל ואפשר לה לבטלו אף על פי שאמרה בעינא ליה אין שומעין לה, ששניהם חייבין בכבודו של מקום, ולא גלי רחמנא בכי האי עשה דנדחי עכ"ל. ומבואר מדבריו שבעל האבידה מחויב למחול ולומר שאינו רוצה שישבו לו אבידתו, כדי שלא יעברו אחרים על איסור מפני השבת אבידתו, וקשה מדוע בכל אדם שאין לו אתרוג וצריך לגזול משל חברו, אין מחייבים את בעל האתרוג להניח לאחרים שיגזלו ממנו כדי שהם יוכלו לקיים המצוה שנתחייבו בה.

ויש לציין שמצינו יסוד זה בעוד מקומות כדלהלן, בשו"ת חתם סופר (או"ח סי' פ"ב) דן באחד שמצא אבידה בשבת וכתב שאין מצוות השבת אבידה דוחה האיסור של מוקצה, מפני שלא דחינן איסורא מקמי ממונא והביא דברי הגמ' בב"מ הנ"ל. [ועי' ביאור הלכה (סי' רס"ו סי"ג) שדן בזה וצ"ע].

ומצאתי בשו"ת מהר"ם חלאוה (סי' י"ח) שדן באחד שנשבע לפרוע את החוב בשבת, וכתב ללמוד מהגמ' בב"מ הנ"ל שאין נדחה איסור בשביל מצוה של ממון, וביאר שהטעם בזה שבעל הממון יכול

כתב סופר (או"ח סי' ל"ז) שכתב כמהלך זה ליישב כמהלך זה קושית הצ"ח והפנ"י בדעת אביו החת"ס, ולפלא שלא הביא שדברים אלו מבוארים להדיא בדברי התוס' בשבועות.

והנה יש להקשות, שכשם שנדחה השבת אבידה בשביל כבוד הבריות, כן יידחה איסור גזל מפני כבוד הבריות, וכ"ש במקום פקו"נ יידחה איסור גזל ואיסור להזיק, ומדוע במקום שיש פקו"נ דנו בגמ' בב"ק אם מותר לו להזיק ולגזול. וכן קשה שאם יש לו בזיון רב אם לא יגזול, יהיה היתר לגזול, ולא מצינו בדברי הפוסקים היתר זה. [שהרי בסוגיא בברכות שם מבואר שההיתר הוא גם בקום ועשה כגון לגבי להיטמא לכהנים ע"ש. ועכ"פ יקשה גם בהחזרת גזל בשוא"ת באופן של כבוד הבריות שייפטר להחזיר].

יסוד דברי הרמב"ן בחילוק בין מצוות השבת אבידה לשאר איסורי ממון

ז. והנראה בישוב כל הקושיות, בהקדם דברי הרמב"ן בב' מקומות, בקונטרס דינא דגרמי הקשה הרמב"ן מדוע עד היודע עדות לחברו שלא העיד ונגרם הפסד לחברו אינו חייב לשלם, ואילו שכן שלא גדר את הגדר שבינו ובין שכינו ומחמתו נגרם הפסד שנתערבו הזרעים והגפנים ונעשו כלאיים חייב לשלם, וכתב הרמב"ן וזה לשונו: טעמא דמילתא שאף הוא אינו חייב להעיד לו אלא מדין גמילות חסדים שחייבה תורה

כבודו או שהיתה מלאכתו מרובה משל חברו לכך נאמר והתעלמת, אמאי לימא אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה', שאני התם דכתיב והתעלמת מהם, וליגמר מינה, איסורא מממונא לא ילפינן ע"ש. ועי' בגמ' שבועות (דף ל':) שמבואר שגם החיוב להעיד לחברו נדחה באופן שיש לו בזיון להעיד, ונלמד מדין השבת אבידה שאינו מחויב להשיב אבידה במקום שיהיה לו בזיון ע"ש. ועי' בצ"ח ובפנ"י בברכות שם שהקשו שכאן בגמ' מבואר שממון קל יותר משאר איסורים, וקשה שהרי קי"ל שאע"פ שבכל איסורי תורה הולכים אחר הרוב, אבל בממון שחמור הוא אין הולכים בו אחר הרוב, ומדוע כאן מקילים באיסור ממון ע"ש בדבריהם.

ולכאור' מדברי התוס' בשבועות (דף ל': ד"ה אבל) מבואר ישוב לקושייתם, שכתבו שבגמ' בברכות מבואר ששאני ממון מפני שאפשר למחול את הממון ולכן נדחה האיסור מפני כבוד הבריות ע"ש בתוס'. ולכאור' ביאור דברי התוס' הוא עפ"י מה שהבאנו מדברי הראשונים שאיסורים ומצוות של ממון לא נאמר בהם עשה דוחה לא תעשה מפני שבעל הממון מחויב למחול, וזהו ביאור דברי התוס' שגם כאן מוטל חיוב על בעל האבידה למחול שלא ישיבו לו אבידתו מפני שהוא מחויב לדאוג לכבוד הבריות של אחרים, ולכן נדחה מצוות השבת אבידה מפני כבוד הבריות, אבל באיסורים אחרים לא ניתן למחול האיסור ולכן לא נדחה מפני כבוד הבריות. ומצאתי בשו"ת

חל החיוב שפסקו ביניהם לשלם, ודן הרמב"ן שיש סברא שאין חלה הפסיקה, מפני שהרופא מחויב לרפאותו בחינם גם בלעדי הפסיקה שנתחייב לשלם לו, וכתב הרמב"ן לחדש שמ"מ חלה הפסיקה וחייב לשלם לו על עבודתו, וביאר הרמב"ן סברת הדברים וזה לשונו: ואף על פי שמצוה עליו לרפאות וכו' כל מצות עשה דרמיא אכולי עלמא אם נודמנה לזה ולא רצה לקיימה אלא בממון, אין מוציאין ממון מידו ולא מפקיעין ממנו חיוב שלו. עכ"ל.

וביאר דבריו, שבתחילה סבר שלא תחול הפסיקה הוא מפני שמחויב לעשות לו פעולה זו, וכעין מש"כ החזו"א (נשים ס' קכ"ב סק"י) שאילו אמר נגזל לגזול השב לי גזילתי ואני אתן לך ר' וזו, אף אם אמר כן בלב שלם ולא בהשטאה, מצי הדר בו שאין כאן קנין, שגם בלעדי הפסיקה הוא מחויב להחזיר לו הגזילה ולא שייך לפסוק חיוב על דבר שמן הדין הוא מחויב לו. ומטעם זה דן הרמב"ן לומר שלא חלה הפסיקה על שכר הרופא, וע"ז כתב הרמב"ן שהחיוב לרפאותו אינו 'חיוב משפטי' שיש עליו תביעה ממונית שהוא מחויב לרפאותו, אלא הוא חיוב כלפי שמיא שהתורה חייבתו לו לרפאותו בחינם, וכיון שאין ע"ז חיוב ממוני ומשפטי שפיר שייך להתחייב על פעולה זו.

ישוב הקושיות עפ"י יסוד הרמב"ן

ח. ולאור דברי הרמב"ן יתיישבו כל הקושיות שהקשינו כמין חומר, שישנם

להעיד, ואם לא רצה לקיים אותה מצוה אין מן הדין לחייבו ממון, מה שאין כן בנתיאש הימנה ולא גדרה דכיון שהוא חייב חיוב ממון לגדור ולא גדר ונתיאש חייב וכו', אבל מי שאינו רוצה להעיד פטור שאין עליו חיוב ממון אלא מדרך גמילות חסדים ואם אינו רוצה לטרוח ולהצילו לזה אינו חייב, למה זה דומה למי שרואה כיסו של חברו אבד ואינו מצילו או מי שאינו רוצה ליתן פרוטה משלו לעני שאין בית דין מחייבין אותו בכך, אף כאן אין בית דין מחייבין אותו לשלם מביתו שלא חייבתו התורה בכך אלא כשאר המצות היא זו ואינה בדין ממון עכ"ל.

ומבואר מדבריו, שהחיוב להעיד וכן חיוב השבת אבידה אינו 'חיוב ממוני' שיש לו תביעה ממונית ומשפטית על חברו, אלא הוא חיוב בין אדם למקום בלבד, שהתורה חייבתו לגמול חסד עם אחרים ולהשיב להם אבידתם וכן להעיד לטובתם, ומטעם זה כתב שאין זה מחייבו בתשלומין באופן שלא החזיר האבידה או לא העיד לחברו, אבל החיוב לגדור את הגדר לבין שכינו, הוא 'חיוב ממוני' שיש לחברו תביעה ממונית משפטית עליו, ולכן כשלא גדר את השדה הוא חייב בתשלומין.

וכיסוד זה מתבאר עוד מדברי הרמב"ן בספר תורת האדם (שער המיחוש, ענין הסכנה ד"ה ויש מי) שדן ברופא שהסכים לרפאותו רק אם ישלם לו שכרו, והחולה הסכים לשלם לו ורפאהו, ודן האם

הוא מחויב לוותר על ההשבה דשניהם חייבים בכבודי, והסבר הדברים שהרי חיובו של המוצא להשיב לו נובע רק מפני חיוב התורה, וכיון שרצון התורה שהמוצא לא יעבור על איסורים, וגם בעל האבידה מחויב ברצון התורה וגם מחויב מדין ערבות שאחרים לא יעברו על איסורים, לכן מוטל עליו לומר שאינו מעונין שהמוצא ישיב לו אבידתו כדי שלא יעבור על איסורים. אמנם זהו דוקא כשכל המצוה נובעת ממה שהתורה הטילה עליו להשיב, ואזי מחויב בעל האבידה לוותר על ההשבה, שבאמת אין עליו תביעה ממונית ואינו מוותר משלו כלום, ולכן חייבתו תורה לומר שאינו רוצה שישב לו אבידתו וממילא פקע מצוות ההשבה.

ומיושב היטב קושית הגר"ח שמואלביץ מדוע בגזילה אין דין עשה דוחה ל"ת של גזילה, ומאי שנא מאבידה שדנו בגמ' שיש בו דין עדל"ת, ולהאמור מיושב היטב, דבגזילה כדי שיוכלו לגזולו יצטרך הנגזל להפקיר ממונו ולמחול על התביעה שיש לו על הגזולן שלא יגזלנו, ולא חייבתו תורה לוותר על שלו כדי שאחרים יוכלו לקיים המצוות שלהם, ואינו דומה להשבת אבידה שאינו מוותר על שלו שאין זה חיוב משפטי להחזיר לו, אבל בגזילה הוא מוותר על זכותו שיש לו בממונו וע"ז אינו חייב, ולכן אין נדחה איסור גזל מפני שאר מצוות.

ובזה יתיישבו דברי המהר"ם חלאוה והבאר יצחק שכתבו שדין פריעת בע"ח מצוה

שני סוגי מצוות ואיסורים שבין אדם לחברו, לפעמים יש בזה גם תביעה ממונית ומשפטית בין אדם לחברו, ולפעמים זהו חיוב כלפי שמיא בלבד שהתורה חייבתו לעשות לחברו. והנה איסור גזילה והאיסור להזיק ממון חברו וכן החיוב לפרוע חוב לחברו הוא 'תביעה ממונית' שהוא מחויב לחברו חיוב משפטי, שיש על חברו תביעה משפטית שיכול למנוע ממנו לגזול ולהזיקו ולפרוע לו החוב שנתחייב לו, [ועי' בשיעורי ר' שמואל (ב"ב דף כ"ב:)] שביאר כן דברי הגמ' שם שגרמא בנזיקין אסור, היינו שיש בזה תביעה עליו שלא יזיקנו והוא חיוב ממוני ומשפטי עי"ש. ועי' בשערי יושר (ש"ה פ"ב) ובקוב"ש (ב"ב אות תרס"ח) שכתבו שגם בפריעת חוב הוי חיוב ממוני ולא הוי מצוה גרידא].

אמנם שאר החיובים אינם חיוביים ממוניים ומשפטיים אלא הוא חיוב כלפי שמיא, ובזה יתיישב הכל על נכון כדלהלן.

הנה מה שמבואר בגמ' שאין נדחה איסור מפני ממון, היינו דוקא במצוה של השבת אבידה, שבעל האבידה אין עליו תביעה ממונית על מוצא האבידה שישב לו האבידה, אלא שהתורה חייבה את המוצא להחזיר האבידה, וע"ז מבואר בגמ' בב"מ שאין נדחה האיסור מפני השבת אבידה, וביאר הרמב"ן שבעל האבידה מחויב למחול על חיוב ההשבה, והכוונה כמו שכתב הרמב"ן שם שגם בעל האבידה מחויב בכבוד ד', וכדי שלא יעבור המוצא על איסור

לא נאמר כלל שהוא חייב להוציא ממון עבור חברו, וזה דומה להשבת אבידה.

ובזה יתיישב גם לגבי כבוד הבריות, שדוקא לגבי השבת אבידה והחיוב להעיד שאינו חיוב ממוני, בזה נדחה האיסור מפני כבוד הבריות, וכמו שנתבאר מדברי התוס' והחת"ס שמוטל עליו למחול בשביל כבוד הבריות של אחרים, אמנם זהו דוקא כשלא יפסיד מזכותו הממונית רק מותר שלא יעשו לו ההשבה או שיעידו בעבורו, אמנם לגבי איסור גזל ולהזיק שזהו זכותו הממונית שלא יזיקוהו ויגזלוהו, אינו חייב לוותר משלו מפני כבוד הבריות של אחרים, ובכל מקום שיש לו זכות ממונית לא נתחדש החידוש שבמצוות שבין אדם לחברו קלות הם מאיסורים שבין אדם למקום וכמשנ"ת, וא"ש היטב בעזה"י.

אם יש חיוב לבקש מחילה מבעל האבידה

ט. והנה לאור המבואר שהוכחנו מדברי הרמב"ן ושאר המקורות שיסוד דין השבת אבידה הוא חיוב שבין אדם למקום, נמצא שאם לא השיב לו האבידה אינו חייב לבקש ממנו מחילה כשאר התביעות שבין אדם לחברו.

אמנם יש לדון בזה שאע"פ שיסוד החיוב הוא בין אדם למקום, מ"מ כיון שעיקר יסוד החיוב שהתורה ציותה עליו להשיב אבידה מפני שרצתה התורה שבעל

אינו דוחה האיסור של שבת ושל שבועה, שאע"פ שבפריעת חוב יש עליו תביעה ממונית, הרי תביעת פירעון החוב עצמו אינה דוחה את האיסור לפרוע בשבת וכן את האיסור של שבועה, ובאנו לדחות רק מפני שנוסף כאן עוד מצוה של פריעת בע"ח וכן מחמת מצוות השבועה, וע"ז דנו שמצד המצוה עצמה שיש לו כלפי שמיא, אין זה היתר לדחות האיסור, שלגבי ה'מצוה' הזו מחויב המלווה לומר שאינו רוצה שיפרע לו, והרי זה דומה להשבת אבידה ודו"ק היטב.

ובזה תתיישב הקושיא מדוע בהלוואה ובפדיון הבן מחויב לשלם כל ממונו, ובשאר מצוות ואיסורים שבין אדם לחברו אינו מחויב להוציא ממנו כלל. ולאור המבואר החילוק הוא, שבהלוואה ובפדיון הבן שהוא חיוב ממוני ומשפטי על כן חייב לפרוע כל מה שיש לו, שאף שמצד המצוה היה יכול להפטר אבל מצד החיוב הממוני אינו נפטר, וכן לגבי האיסור להזיק ולגזול שהוא חיוב ממוני ומשפטי הוא מחויב להוציא כל ממונו כדי שלא להזיק ולגזול, ולא נאמר בזה הכלל של עד חומש ממונו, שהרי יש לחברו תביעה עליו שלא יזיקו ויגזלו. אבל החיוב לפרוע שכר שכיר ביומו, וכן החיוב לטרוח ולהשיב הגזילה עד מדי, אין זה חיוב ממוני ומשפטי, שמצד ממנוי גבך אינו חייב לילך עד מדי, וכן מצד שכירות פועל אינו מחויב לפרוע ביומו דוקא, ובאנו לדון רק מצד המצוה שהתורה חייבתו לפרוע ביומו ולהשיב הגזילה, וע"ז

לחברו, קשה לומר שיש לאב 'תביעה ממונית' על הבן שיכבד אותו ויירא ממנו, שבפשטות אין כאן כלל חיוב ממוני ותביעה שיכבד אותם, ולא מצינו שיוכל לתבוע את הבן בבי"ד שיכבד אותו וכו', והדבר ק"ו מהשבת אבידה שנתבאר מכמה מקורות שאינו חיוב ותביעה ממונית של בעל האבידה, ולפי"ז ודאי שגם כיבוד אב ואם אין זו תביעה ממונית. ובהכרח דס"ל להמנ"ח שאע"פ שמהות החיוב הוא חיוב כלפי שמיא שהתורה חייבה אותו לכבד את האב והאם, מ"מ כל שלא כיבד אותם, אע"פ שאין להם תביעה ממונית עליו, הרי זה חייב לבקש מהם מחילה כיון שסו"ס עיקר סיבת המצוה הוא מפני שרצתה התורה בהטבתם.

ולפי זה, לכאורה גם בהשבת אבידה יתחייב לבקש ממנו מחילה, שדוקא בכיבוד אב ואם נסתפק המנ"ח שאפשר שעיקר מהות החיוב אינו כדי להיטיב עם האב והאם אלא התורה רצתה שיכיר אדם טובה להוריו שגידלוהו, אבל בהשבת אבידה שעיקר המטרה הוא שבעל האבידה יקבל את אבידתו, הרי זה חייב לבקש מחילתו.

אכן, לולא דברי המנ"ח היה מקום לחלק שגם לפי הצד שכיבוד אב ואם הוא בין אדם לחברו, מ"מ כיון שסו"ס אין תביעה ממונית של האב והאם לכבדם, אין בהם חיוב פיוס. אך יש לדון בזה, דהנה בשלמא באופן שמכה את חברו ומצער בגופו, יש עליו תביעה ממונית שלא יכה בו, אבל

האבידה יקבל אבידתו, הרי שכל שלא עשה מצוה זו וגרם הפסד לחברו הרי זה חייב לבקש ממנו מחילה.

דהנה המנחת חינוך (מצוה ל"ג סק"ג) כתב וז"ל: ומכל מקום אני מסופק לפי המבואר בר"מ הלכו' תשובה ובש"ס דעבירות שבין אדם לחברו לא מהני תשובה ולא יום הכפורים עד שירצה את חברו, אם כאן במצוה זו של כיבוד דהוא נוסף דגזה"כ הוא דנוסף על כיבוד כל אדם, דבאדם אחר אין איסור אלא לצערו וכאן מצוה לכבדו, אם לא כיבדו אפשר דהיא רק מצות המקום ב"ה ולא בין אדם לחברו. דבין אדם לחברו אינו אלא במה שהוא שווה לכל אדם, אבל כאן הוא רק באב ואם א"כ אינו אלא כמצות שבין אדם למקום ב"ה, או דילמא כיון שהשי"ת ציווה זו המצוה בין אדם לחברו הוי בין אדם לחברו ולא מהני תשובה אם לא שירצה את אב ואם. עכ"ל.

והנה בפשטות עיקר ספיקו הוא במהות החיוב של כיבוד אב ואם, האם התורה רצתה שהבן יכבד אותם ועיקר סיבת המצוה היא מפני שהבן צריך להוקירם ולכבדם, ואין זה בכדי 'להיטיב' עם האב והאם, אלא שרצתה התורה שיכיר טובה למי שגידל אותו [וכמו שמצינו בראשונים שזהו מהות כיבוד אב ואם כדי שילמד האדם להכיר טובה לבורא העולם]. והצד השני הוא שהתורה רצתה ב'טובת' האב והאם. והנה לפי הצד השני שכתב שהוא חיוב בין אדם

באופן שמצער בדברים ומקניטו וכו', יש לדון האם שייך בזה תביעה ממונית שלא יצער, ואם ננקוט שאין שייך בזה תביעה ממונית שלא יצער בדברים וכדו', ומ"מ גם באופן שהקניטו וציערו חייב לבקש ממנו מחילה, לפי"ז שפיר יש ללמוד שגם בכיבוד אב ואם גם אם אין תביעה ממונית חייב לבקש ממנו מחילה, ולפי"ז גם בהשבת אבידה יתכן שחייב לבקש ממנו מחילה.

וראיתי בשיעורי ר' דוד פוברסקי (ב"מ דף ל"ב אות תנ"א) שכתב בפשיטות שאין חיוב מחילה בהשבת אבידה שלא השיבה, ולמד בכוונת המנ"ח שנסתפק שבכיבוד אב ואם יש חיוב ממוני גמור שיכבד את האב והאם, וכתב שבהשבת אבידה ודאי שאין בזה תביעה וחיוב ממוני ולפיכך אין צריך לבקש ממנו מחילה עי"ש.

תמצית הדברים

א. בגמ' מבואר שנלמד מהפסוק אפס לא יהיה בך אביון שאין חייב להפסיד מממונו כדי להשיב אבידה. ונתבאר שהפוסקים למדו מכאן גם לגבי המצוה להלוות לישראל בחינם ולא לגוי בריבית, שאם יפסיד ריבית מרובה אין חייב להפסיד משלו. וכן ביארו שאם יפסיד מממונו כדי לפרוע שכר שכיר ביומו, אין חייב להפסיד מממונו. וכן ביארו שהגזלן אין חייב ללכת עד מדי כדי לקיים השבת הגזילה כיון שיש לו הפסד ממון.

ב. מאידך, קשה שבפרעון חוב מוכח שחייב להוציא מאתים כדי לפרוע חוב של מאה, וגם כשיפסיד יותר מחומש מממונו מחויב לשלם לפרעון חוב ולפדיון הבן. ונתבאר ליישב שדוקא בהשבת אבידה וכיו"ב שהמצוה היא בין אדם למקום, ואין לבעל האבידה זכות תביעה בבי"ד שישלב לו האבידה, אבל באופן שהיא תביעה ממונית שבין אדם לחברו, חייב להפסיד כל ממנו כדי לשלם החוב שחייב לחברו.

ג. בדין עשה דוחה ל"ת מבואר בדברי הפוסקים שאין עשה דוחה ל"ת של גזילה כיון שהוא בין אדם לחברו, והקשה הגר"ח שמואלביץ שלגבי השבת אבידה מבואר בגמ' ששייך דין עדל"ת, ונתבאר ליישב שחיוב השבת אבידה הוא חיוב שבין אדם למקום ולכן שייך בו דין עדל"ת, אבל איסור גזילה הוא תביעה שבין אדם לחברו שלא יגזלנו.

ד. ברמב"ן מבואר שבעל האבידה מחויב למחול על השבת אבידה כדי שמוצא האבידה לא יצטרך להיכנס לבית הקברות להשיב האבידה, וקשה מדוע בגזילה

אין בעל הממון מחויב למחול על איסור הגזילה ויוכל לגזול כדי לקיים המצוה, ונתבאר שדוקא בהשבת אבידה שאינו תביעה ממונית אלא בין אדם למקום, חייבתו תורה למחול על השבת האבידה, אבל באיסור גזילה שהוא תביעה שבין אדם לחברו אין חייב למחול על איסור גזילה כדי שיוכל השני לקיים המצוה.

ה. לענין אם חייב לבקש ממנו מחילה, נתבאר שיש לדון עפ"י ספיקת המנ"ח שדן שגם בכיבוד אב ואם חייב לבקש מהם מחילה, ולפי"ז בהשבת אבידה שעיקר כוונת התורה הוא שיקבל אבידתו, הרי זה חייב לבקש ממנו מחילה. אמנם בשיעורי ר' דוד פוברסקי כתב בפשיטות שאין צריך לבקש מחילה מבעל האבידה.

ראה"כ הרה"ג ר' יעקב בריזל שליט"א

דין ייאוש לאחר שהגיע לרשות מוצא או באופן שנשאר ביד הבעלים

יש לברר בדין מציאה שהגביהה לפני יאוש ואח"כ נתייאשו הבעלים, שהדין הוא שהמוצא אינו יכול לזכות בו כיון שבא לידו קודם יאוש, וכמבואר בשו"ע (סי' רס"ב ס"ג), או כגון שנאבד מהבעלים ברשותם שאין היאוש מועיל בכה"ג כמש"כ הפוסקים (ע"י בתה"מ סי' רנ"ט ט"ס"א). ויש לדון האם יכול אחר ליטול החפץ ולזכות בו, או לא.

ושורש השאלה הוא, שלכאורה הדין נותן שיכול אחר לבוא וליטול את האבידה מרשות המוצא, שהרי כעת כבר נתייאשו הבעלים והרי זה ככל אבידה שנמצאה לאחר יאוש שיכול המוצא ליטלה לעצמו, ואע"פ שכל זמן שהוא ברשות המוצא אין היאוש מועיל, מ"מ הרי בשעה זו שנוטלה ומוציאה מרשות המוצא אהני היאוש שנתייאשו מכבר, ושפיר יכול לזכות ביאוש זה. או נימא שמכיון שעד עכשיו לא הועיל היאוש, אזי כשמוציאה מרשות המוצא או מרשות הבעלים הוי כגזלן, וקיימא לן (בשו"ע סי' שנ"ג ס"ב וסי' שס"א ס"א) דגזלן אינו קונה ביאוש. וכדי לפתור שאלה זו שומה עלינו תחילה לרדת לשורש הדברים מה הטעם שאין יאוש מועיל לאחר שהגביהה המוצא, וכן מה הטעם שאין יאוש מועיל ברשות הבעלים, ועל פי זה נוכל לדון מה הדין כשנוטלה מרשות המוצא או הבעלים לאחר יאוש. וזה החלי בסייעתא דשמיא.



הגביה אבידה ואחר כך נתייאשו הבעלים

(א) כתב המחבר (סי' רס"ב ס"ג): אם אין בו שום סימן, אם הוא דבר שיש לתלות שבעליו הרגישו בו מיד כשנפל ממנו הרי הוא של מוצאו, ואם לא צריך להחזיר. אע"פ שנתייאש אח"כ, כיון שבא לידו קודם יאוש. ע"כ.

מבואר שאם הגיע האבידה לידו לפני יאוש

שוב אינו קונה אפילו לאחר שנתייאשו הבעלים, ומקורו בגמ' (כא): שאם נטלה לפני יאוש אינו קונה דבאיסורא אתי לידיה. וידוע שנחלקו הראשונים בביאור הדבר, דעת התוס' (ב"ק סו. ד"ה הכא) שהטעם הוא 'הואיל ונתחייב בהשבה' זה מה שמונע

ולפי דבריהם לא נתברר היאך קיימא לן להלכה במי שנתייאש מחפציו שנשארו בביתו, האם מועיל היאוש עליהם או לא.

ויעוי' בנתה"מ (סי' רנ"ט סק"א) שכתב שגם התוס' מסכימים שאין יאוש ברשות בעלים. ומש"כ שאם יש נכרים בבית מועיל היאוש, היינו טעמא שכל הטעם שלא מועיל יאוש ברשות הוא משום שאין יאוש אלא בדבר האבוד, וכשהוא ברשות בעלים אינו אבוד. וא"כ כל שיש נכרים בבית הריהו אבוד גם בבית בעלים, ולכן מהני היאוש ע"ש. [אמנם עי' במנחת פיתים (סי' רנ"ט) שתמה על הנתה"מ, שמדברי התוס' מוכח שגם כשאין שם נכרים אם היו הבעלים מתייאשים היה מועיל, ויל"ע]. ולדבריו צ"ע אמאי לא כתבו התוס' כהרמב"ן.

ונראה דשאני התם שאינו ברשותם ממש, שאע"פ שהמוצא שומר עבור הבעלים הרי הבעלים אינם יודעים מי מצא את האבידה, ובפרט בדבר שאין בו סימן, שבזה לא יוכלו לאתר את השומר עד שיבוא אליהו. ולפי"ז יבואר, שהרי כל הטעם דלא מהני היאוש כתב הנתה"מ כיון שאינו אבוד

אותו לזכות, ודעת הרמב"ן (מלחמות ב"מ כו:): והריטב"א (ב"מ כא:): שהטעם הוא משום שנעשה שומר אבידה וידו כיד בעלים, ויאוש ברשות בעלים אינו מועיל [עי' קצוה"ח סי' שס"א סק"ב ובחידושי רעק"א (כא:), אמנם עי' בחזו"א (ב"ק סי' ט"ז סקכ"א)]¹.

יאוש ברשות בעלים

(ב) והנה עי' בחידושי רעק"א (כא:): שעמד בזה אמאי לא ס"ל לתוס' מטעם הרמב"ן, [ובתחילה כתב דס"ל להתוס' שכיון שאין בו סימן לא נעשה שומר אבידה, וזה חידוש רב, ובאמת בדברי התוס' (בדף כה: ד"ה ואם) מוכח שגם באופן זה נעשה שומר אבידה]. והעלה שתוס' חולקים על עיקר דברי הרמב"ן, וסוברים שגם ברשות בעלים מועיל היאוש. והוכיח כן מדברי התוס' (כו. ד"ה בכותל) שכתבו, שהטעם שאין יאוש בעלים גם אם העלה חלודה הוא משום שאין אדם מתייאש מחפציו ימים רבים, ומשמע שאם היו מתייאשים היה מועיל היאוש. וכן יש להוכיח ממש"כ התוס' (שם ד"ה ונייל) שאם נמצאים נכרים בבית מועיל יאוש בעלים. וכ"כ גם התרומת הכרי (סי' רס"ב).

1 ויש לציין למה שכתב המחבר (סי' ר"ס ס"ט) שיש אופן שאפילו אם נטלה לפני יאוש יכול ליטלו לעצמו לאחר יאוש. ורבו בזה הביאורים, עי' ב"י סמ"ע ו"ש"ך ו"ט' ונתה"מ, ועי' רעק"א (בגליון השו"ע סי' ר"ס ס"ט בביאור דברי הסמ"ע) שכתב בדעת המחבר שאם הגביה דבר שאין בו סימן ע"מ להשיב שפיר קונה ביאוש לאחר מכן, והטעם הוא שהרי כתבו התוס' שהטעם שאינו קונה הוא משום שנתחייב בהשבה, ובדבר שאין בו סימן ליתא לעשה דהשב תשיבם. ולדבריו צ"ל שמה שאמרו בשו"ע (סי' רס"ב הנזכר למעלה) שאינו קונה מיירי אם נטל ע"מ לגזול, שאז אינו קונה משום איסור גזילה ככל גזלן שאינו קונה ביאוש, [וזה להיפך מדברי הרמב"ן והש"ך (סי' רנ"ט סק"א) שסוברים שמה שאמרו שאינו קונה ביאוש הוא רק בנטלה ע"מ להשיב דנעשה שומר אבידה וכמשנ"ת בפנים, אבל אם נטלה לגזולה שפיר קונה ביאוש], אמנם למעשה הרמ"א (שם ס"ט) סובר שאינו קונה ביאוש.

ממנו, והכא אע"ג שהשומר שומרה לבעלים הרי הוא אבוד ממנו, כי אין סיכוי שיוחזר אליו, ושפיר מתייחס. וע"ע להלן אות י"ג².

[ובעניין זה יש להעיר עמש"כ בחידושי רבי

מאיר שמחה (כו:): ובחידושי הגרשש"ק (ב"מ סי' כג) לבאר דעת הרמב"ן דס"ל שלא מועיל יאוש ברשות, דטעמיה משום דהוי יאוש בטעות, דאילו היה יודע שהשומר מחזיק עבורו לא היה מתייחס. ועפי"ז תירצו קושיות הקצוה"ח (סי' רנ"ט סק"א) על הרמב"ן שהוכיח שמועיל יאוש ברשות, דשאני התם שיודע שהוא ברשותו ואעפ"כ מתייחס ע"ש. ודבריהם צע"ג, דאי ס"ל שבעצם מועיל היאוש אפי' כשהוא ברשותו, א"כ למה נחשב יאוש בטעות - הרי יש לו סיבה טובה להתייחס, שהרי גם כשהוא ביד השומר לא יגיע לידו לעולם ולמה לא יתייחס, וצ"ע. וגם לעצם הדברים שיאוש בטעות אינו מועיל יש לדון בזה טובא מהמבואר בתוס' (כו. ד"ה תגר) ושו"ע (סי' רס"ב סי"ז) ועוד מקומות ואכה"מ].

והנה הנתה"מ לא התייחס לראיה הראשונה שהביא רעק"א, ממש"כ התוס' שאין אדם מתייחס מחפציו ולא כתבו הטעם שאין מועיל יאוש ברשות, ולכא' נראה שלפי מהלך הנתה"מ שתלוי רק אם הדבר אבוד מבעליו או לא גם זה מתייחס. דהנה התוס' שם מיירי באופן שאינו הווה להימצא שם [דמשו"ה אינו קונה בקניין חצר כמש"כ התוס' לעיל], וא"כ י"ל שבאופן זה מהני היאוש, וכ"כ המחנ"א (הל' קניין חצר ס"ה) בדעת התוס' ע"ש³.

והנה מלשון הריטב"א (כה:): נראה כדברי הנתה"מ, שכתב בזה"ל: 'דליכא יאוש בדבר שהוא בחצירו המשתמרת'. מבואר שרק אם הוא משתמר אז אין היאוש מועיל. אמנם גם לשיטת הנתה"מ שכתב שתלוי אם הדבר הוא ברשות המושמרת לבעלים או לא, נראה שאינו תלוי בגדרי 'חצר המשתמרת' לגבי קניין חצר, וכמבואר בנתה"מ (סי' ר"ס סק"ז) שגם סימטא הוי כרשותו ואין היאוש חל, אע"ג שאינו כחצירו לגבי קניין, וכן

2 ורעק"א שלא כתב כסברא זו, הוא לשיטתו שסובר שאין יאוש ברשות בעלים גם באופן שאינו משתמר לבעלים כלל, וכמו שנראה מדבריו (דף כה). בדין מצא כלי ולפניו פירות יע"ש. ומדברי הש"ך נראה מוכח כשיטת הנתה"מ, דהנה בסי' רנ"ט סק"א הביא שיטת הרמב"ן (שהובא למעלה) שמזה מוכח שאין יאוש מועיל ברשות, ומאידך בסי' ר"ס (סקי"א) הביא דברי התוס' שאם יש שם ג' עכו"ם מועיל היאוש אפי' ברשות, אשר מזה הוכיח רעק"א שחולקים על הרמב"ן, והנתה"מ יישב דשאני התם שאינו משתמר לבעליו כמשנ"ת.

3 והנה עי' מחנ"א (קניין חצר ס"ז) שהעלה שהרמב"ם והראב"ד נחלקו בדין זה אם מהני יאוש ברשות, דהנה הרמב"ם כתב (פט"ז דאבידה ה"ח) בהא דמצא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו, שהטעם שלא קנה בעל הגל האבידה משום דהוי כזוטו של ים, ומה אבידה אמרה תורה שאם היא אבודה מכל אדם מותרת כ"ש זו שלא היתה מעולם שלו, והראב"ד נחלק עליו שכאן יש לו למי לזכות משא"כ בנפלה לים. הנה מדברי הראב"ד מוכח שאין מועיל יאוש ברשות גם כשהיא אבודה מכל אדם, והרמב"ם שכתב טעם זה מוכח שסובר דמהני יאוש ברשות. ושוב כתב ד"ל דשאני התם שאינו הווה להימצא לכן ס"ל להרמב"ם דמהני היאוש ע"ש.

ובאמת כבר מצאנו לאחד מהראשונים שדן בזה, והוא בחידושי הריטב"א הישנים שכתב (כ"מ כא:): וז"ל: דכי אתי לידה באיסורא אתא לידה, וכבר נתחייב להחזירה לבעלים ותו לא מצי לאקנינהו, ואפילו אם בא אדם אחר והחזיק בה אחר יאוש מיד המוצא קודם יאוש, לאו כלום הוא, דכיון שהמוצא נתחייב להחזירה שהרי באיסורא בא לידו, מאן דאחזיק בה מידה דההוא מוצא לאו כלום הוא. ועי' בשיעורי ר"ש (שם) שכתב שדברים אלו אינם אלא לשיטת הרמב"ן, שאילו לשיטת התוס' שפיר זוכה ע"י יאוש כיון שהיאוש חל אלא שהמוצא מנוע מלזכות.

ונראה להוכיח מדברי רש"י והריטב"א (החדשים) דס"ל ג"כ כמש"כ הריטב"א הישנים שהחוטף אינו זוכה, דהנה מבואר בגמ' (כו:): נטל את האבידה ע"מ להחזיר לבעלים ולאחר יאוש נתכוון לגזולה

מוכח גם מדברי הרשב"א (כו:): יעו"ש⁴ [וע"ע במנח"פ (סי' רנ"ט)]. אלא הכוונה היא שזה משתמר לדעת הבעלים.

האם יכול אחר לזכות באבידה זו לאחר יאוש

ג) והנה כתבו האחרונים [עי' אגודת אזוב (ערך יאוש אות א'), ובדברי משפט (סי' ר"ס סק"ה), ובשיעורי ר"ש (סי' ה')] שנפק"מ בין רמב"ן ותוס' יהיה באופן שבא אחר וחטפה מהמוצא, שלדעת התוס' זכה החוטף, שהרי באמת חל היאוש אלא שהמגביה מנוע מלזכות כיון שכבר נתחייב בהשבה מאחר שבא לידו קודם יאוש, אמנם החוטף שבא לידו לאחר יאוש ולא נתחייב בהשבה שפיר זוכה ע"י היאוש. אבל לשיטת הרמב"ן אין היאוש חל כלל כיון שהוא ברשות הבעלים, והחוטף גזלו מרשותם והוי כגזולן שאינו קונה ביאוש.

ודבריו צ"ע, דהנה לפי דבריו גם אם היה המציאה של אבותיו של זה שדר בו עתה היה מותר כיון שנעשה כזוטו של ים, [ואפי' שלא מדעת מהני היאוש באופן זה]. והרי בגמ' וברמב"ם מבואר שטעם ההיתר הוא רק באופן שיש לתלות שהיה של נכרים ע"ש, ומוכח מזה לאידך גיסא, שאין יאוש ברשות מועיל אפי' כשאינו הווה להימצא, אלא שכתב הרמב"ם שמ"מ מועיל זה דהוי כזוטו של ים לעניין שלא יזכה בו. וכן כתב בשיעורי ר"ש (סי' ל"ד) בביאור דברי הרמב"ם יעו"ש.

4 שכתב שם לגבי מחציו ולפנים ששייך לבעה"ב אע"פ שהעלה חלודה, כיון דהוי יאוש ברשות. ושוב הקשה לגבי מחציו ולחוץ דהרי אלו שלו אמאי אין בעה"ב זוכה בקניין חצר, ותיירץ דהוי חצר שאינה משתמרת. והנה מה שכתב לעיל דהוי יאוש ברשות ע"כ דמיירי גם מחציו ולחוץ, שהרי אמרו בגמ' דאי קתיה לגאו הוי של בעה"ב גם במחציו ולחוץ, וכן מוכח שגם מחציו ולפנים אינה משתמרת, שהרי אמרו שם דאי קתיה לבר הרי אלו שלו גם מחציו ולפנים, ותיקשי אמאי לא קנה בעה"ב בקניין חצר, ומוכח שאע"פ שאינה משתמרת הוי יאוש ברשות.

והנה הקצוה"ח (סי' רנ"ט סק"א) כתב שבאמת לכו"ע מהני יאוש ברשות אלא ששוב חוזר וזוכה בקניין חצר ע"ש, [ומלשון הרמב"ן בדף כה: יש סיוע לדבריו], ויש להעיר שמדברי הרשב"א אלו קשה לדבריו, שהרי אפי' כשאנו קונה בקניין חצר הוי יאוש ברשות [העירוני].

עדיין אזי יכול כל אדם לזכות בו לאחר שנתייאשו הבעלים.

ולפי"ז נראה דה"ה בשומר אבידה ובא אדם אחר לחטוף החפץ, שתלוי אם נטלו באופן שהמוצא יתחייב לשלם לבעל האבידה, כגון אם נטלו בפשיעת המוצא [לשיטת הסוברים שדינו כשומר חנם, או אם נטלו סתם לשיטת הסוברים שדינו כשומר שכר], אזי אסור ליטלו ואינו זוכה ביאוש, [ולפי"ז שוב חזר דינו להשיב אבידה לבעלים] אבל אם נטלו באופן שהמוצא לא יתחייב עליו - רשאי ליטלו לכתחילה, וכע"ז כתב בדברי משפט (סי' ר"ס סק"ה) ע"ש.

נאבד מיד השומר לדעת הרמב"ן

ה) והנה גם לשיטת הרמב"ן, נהי שא"א לזכות ע"י החטיפה משום שהוא גזלן, אמנם אם נאבד מן השומר שפיר יכול לזכות, שברגע שנאבד חל היאוש של הבעלים.

אמנם גם בזה יל"ד מה הדין באופן שהשומר חייב לשלם לבעלים, האם מותר המוצא השני ליטלו לעצמו. והנה ע"י בפת"ת (סי' רס"ו) שהביא בשם רעק"א, שנסתפק מה הדין בישראל ששומר לעכו"ם ונאבד ממנו האם חייב להחזירו לשומר שיפטר מכך מלשלם לעכו"ם, ונשאר בצ"ע לדינא.

ושורש השאלה הוא האם פיקדון נקרא 'אבידת אחיך' של השומר וא"כ חייב בהשבת החפץ לשומר, או נימא שאין זה 'אבידת אחיך' וא"כ שפיר מצי לזכות בו,

אינו עובר אלא בהשב תשיכם בלבד. וכתב רש"י (ד"ה עובר) דלכן אינו עובר משום לא תגזול, 'דלא תגזול לא שייך אלא בשעת נטילה כמו ויגזול את החנית'. וכן כתב הריטב"א ע"ש. מבואר בדבריהם שבאמת שייך לאו דלא תגזול גם לאחר יאוש, אלא שכיון שאין כאן 'מעשה גניבה' מאחר שכבר היה בידו לכן אינו עובר בלא תגזול, ונשמע מינה שאם בא אחר וחטפה ממנו הרי זה עובר בלא תגזול, וע"ע להלן.

כשבא אחר וחטפה מיד המוצא

ד) והנה זה נראה ברור שאפי' לפי מש"כ האחרונים לשיטת התוס' שאחר יכול לזכות בו, מ"מ אין המגביה רשאי ליתנו לאחר, שהרי חייב בהשבה ומסתבר שחייב גם בשמירה ככל שומר אבידה, ובכלל זה שלא להפקיע רשות הבעלים.

אמנם נראה שאחר יכול ליטלו לכתחילה כיון שהוא אינו חייב בהשבה כלל. דהנה מבואר בשו"ע (סי' שס"א ס"ה) שאם אחד חטף מהגזלן אינו קונה, דשינוי רשות בעל כרחו לא הוי שינוי רשות. ובנתה"מ (סק"ב) הקשה מהמבואר בסי' שס"ח דהמציל מיד ליסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שנתייאשו הבעלים, אלמא דמהני ייאוש אע"פ שהיאוש הוא בע"כ. ותיירץ דרק היכא שבא ליד גזלן ונתחייב בהשבה שוב אסור לכל אדם לזכות בו כמו שכתבו התוס' (ב"ק סט. ד"ה כל שלקטו), ולכן אינו זוכה ביאוש, משא"כ היכא שלא נתחייב הגנב

מבואר בדברי הערך ש"י שסובר שגם להרמב"ן אם בא אחר וחטפה זוכה ביאוש, אע"פ שלפני כן לא חל היאוש והרי זה ברשות בעלים לכל דבר, מ"מ ע"י ההוצאה חלה היאוש, [ואין בזה משום 'יאוש שלא מדעת' כמש"כ התוס' (סוכה ל: ד"ה כי גזול) לגבי יאוש בקרקע, שאע"פ שאינו חל בעודו מחובר מ"מ כל כמה שתלשה חל היאוש מיד ואין זה יאוש שלא מדעת. וביאור דבריהם הוא, שה'יאוש' ישנו בכל שעה, שאין זה 'חלות' שנעשה בשעה מסוימת אלא 'היסח הדעת' שישנה בכל שעה]. ונמצא שנטילתו והיאוש באין כאחד, ומה שאין המוצא יכול לזכות בו היינו משום שחסר ב'מעשה הקניין', שמאחר שנעשה ידו כיד בעלים אין כאן הוצאה מרשות לרשות.

הגביה את האבידה על מנת להחזיר ולאחר יאוש נתכוון לגזול

(ז) והנה מבואר בגמ' (ב"מ כו:): נטלה ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוון לגזולה, אינו עובר אלא משום השב תשיבם בלבד. וכתב רש"י שעל לא תוכל להתעלם אינו עובר, כיון שכבר נתייאשו הבעלים ואין כאן מתעלם. ובלא תגזול אינו עובר, דלא תגזול אינו אלא ע"י מעשה גזילה, וכאן לא עבד מעשה גזילה שהרי נטלה ע"מ להחזירה ורק לאחר מכן חשב לגזולה. והתוס' (ד"ה אינו) חלקו על רש"י והוכיחו שלא דלא תגזול איכא נמי שלא ע"י מעשה, אלא היינו טעמא שאינו עובר על לא תגזול משום שכבר נתייאשו הבעלים.

ואע"ג דמגיע הפסד לשומר מ"מ הרי שלך קודם.

ונראה דגם ניד"ד תלוי בשאלה זו, דאי נימא שיש חיוב השבת אבידה לשומר אזי גם בניד"ד יש להשיב לשומר, [אמנם י"ל שיכול לפטור ע"י תשלומין ואינו צריך להשיב האבידה עצמה ויל"ע], אבל אי נימא דליכא חיוב השבת אבידה לשומר אזי יכול לזכות לעצמו.

דעת הערך ש"י בשיטת הרמב"ן שאדם אחר זוכה לאחר יאוש

(ו) אמנם הערך ש"י (ס"י רנ"ט סק"א) כתב: 'ולענ"ד מודה הרמב"ן כשנתייאשו הבעלים בעוד שהחפץ ברשותם, ובא אחר ומשכו לרשותו או הגביהו - דאזי היאוש והוצאת החפץ לרשות אחר באין כאחד - דנקנה להאחר, וכחאי גוונא כתב הרשב"א (גיטין נה:): אהא דגזול והקדיש שחל ההקדש משום שינוי השם או שינוי רשות. דלכאור' קשה, דאי יאוש כדי לא קני היכי מצי מקדיש ליה, וי"ל כיון דשינוי השם או שינוי רשות קני הקדשו וקנייתו באין כאחד, משא"כ כשנטלה לפני יאוש על דעת להשיבה אף דנתייאשו הבעלים אח"כ א"א לקנותה, דליכא תו הוצאה מרשות לרשות אחר כיון דכבר נעשה ידו כיד בעלים. וכח"ג כתב הרשב"א שהביאו הטור (ס"י קפ"ה) דאין שליח יכול לקנות לעצמו, דאין המכר אלא הוצאה מרשות לרשות, וזה לא יצא מרשותו שהוא במקום בעלים עומד'. עכ"ד.

שיש להחמיר בספיקות משום 'ספק דאורייתא לחומרא' ולא סגי ליה משום ההכרעה הממונית בלבד ע"ש], א"כ נראה שגם כשבא לידו לפני יאוש ולא קנה משום דבאיסורא אתי לידיה מ"מ אין לחייבו מעתה על חיובי השבת אבידה, כיון שכבר נתיאשו הבעלים. ולכן במצוות השב תשיכם כבר נתחייב לפני כן, ומשום כך נתחייב על עצם ההחלטה שלא לשמור לבעלים, אבל על לאו דלא תוכל להתעלם א"א לחייבו.

הביאור לפי שיטת הרמב"ן

(ח) אבל לשיטת הרמב"ן שסובר שאין היאוש חל כלל צ"ע, אמאי לא יתחייב בלא תוכל להתעלם ולא תגזול גם לאחר יאוש. ובשו"ת בית אפרים (חור"מ סי' נ"ב) עמד בזה, וכתב שמאחר שכיון שכל המונע את היאוש הוא מה ששומרה עבור הבעלים, ולכן באותה שעה שהחליט לגזול חל היאוש, ונמצא שבשעה שנוטל הרי הוא נוטל את שלו ולא של הבעלים. וכדבריו כתב התהילה לדוד (חור"מ סי' קט"ו) וז"ל: 'כיון דבזה השעה שנתכוון לגזול סילק את עצמו משומר, ושפיר חלה היאוש תיכף ומהני. ודווקא בלקחה ע"מ לגזול עבר על כל תגזול קודם שנתיאשו, אבל כאן בעת שגזלה חלה היאוש'.⁵ וכן כתב גם בספר אמרי משה (סי' ל"ז סק"א).

ודברי התוס' טעונים ביאור, דמאחר שלא יצא מרשות בעלים ע"י היאוש כיון שבאיסורא אתי לידיה, א"כ אמאי אינו עובר על לא תוכל להתעלם ועל לא תגזול [לשיטת התוס'] מאחר שהחפץ שייך עדיין לבעלים. ויותר קשה שהרי בהשב תשיכם הוא עובר, ומה ההבדל בין השב תשיכם ללא תוכל להתעלם ולא תגזול. והנה לשיטת התוס' בב"ק הנז' לעיל שסוברים שבאמת חל היאוש וכל אדם יכול לזכות אלא שהוא מנוע מלזכות כיון שנתחייב בהשבה, א"כ אתי שפיר, שבמה שכבר נתחייב לפני היאוש נשאר בחיובו, אבל להתחייב עכשיו בחיובים חדשים זה אי אפשר כיון שכבר נתיאשו הבעלים. ואע"פ שנשאר ברשות הבעלים, מ"מ מאחר שיש 'היתר זכייה' לכול א"א לחייבו משום גזילה של עכשיו. ולכן בהשב תשיכם שכבר נתחייב נשאר בחיובו [וזה מה שמונע אותו לזכות], אבל אין לחייבו עכשיו על מה שנתכוון לגזול עתה משום לא תגזול.

ואכתי יש לבאר למה אינו עובר על לאו דלא תוכל להתעלם, שהרי לאו זה כבר נתחייב לפני היאוש. אכן נראה לפי מה שהעלה בשיעורי הגר"ש (סי' ד' אות ב') שהיאוש מלבד מה שנותן 'היתר זכייה' לזכות בו הרי הוא גם פוטר ממצוות השבת אבידה, [והסביר בכך דברי הרא"ש שכתב

5 ומתחילה כתב שבאמת עובר גם משום לא תגזול, אלא דמיירי שהחזירה, ואעפ"כ אינו מקיים מצוות השב תשיכם כיון שכבר נתיאשו הבעלים. [ומהלך זה נראה דחוק, דבפשוטו נראה דמיירי בלא החזירה ואע"פ כן אינו עובר על לא תגזול כמו שכתבו רש"י ותוס' הנז' ועיי"ש עוד מה שכתב בזה.

וביאור הדברים, שעל לאו דלא תגזול אינו עובר כיון שבשעה שהחליט לגזולה כבר הוא שלו, שהיאוש והגזילה באין כאחד. אמנם עצם ההחלטה לגזול הוא באיסור מחמת מצוות 'השב תשיבם', שהרי מצווה זו מחייבו לשמור לבעלים, וזה מה שאמרו בגמ' שאינו עובר אלא על השב תשיבם. וצריך לומר שגם לאו דלא תוכל להתעלם אינו עובר, שלא זה אינו אלא להשיב אבידה לבעליו, אבל אין בכלל לאו זה שלא יגרום הוא היאוש. ומכיון שמיד בהחלטתו חל היאוש אינו עובר על לאו זה אלא משום השב תשיבם בלבד, שבזה המצווה הוא לדאוג שהאבידה תושב לבעלים⁶. ונמצא מבואר כסברת הערך ש"י הנ"ל, ועי' להלן.

ובענין זה יש להעיר הערה עצומה על דברי החזו"א (ב"ק סי' י"ח סק"א) שהעלה דתוס' גם הם סוברים כרמב"ן, שהטעם שאין היאוש חל לאחר שבא לידו באיסורא הוא משום דנעשה שומר אבידה ואין היאוש מועיל ברשות בעלים, וכתב להסביר דברי התוס' שכתבו לפי ההו"א בגמ' (בב"ק טו.) שיאוש כדי קונה, שגם באבידה הדין כן

שהמוצא קנאה אלא שחייב לשלם דמים. וכתב החזו"א שאין כוונת התוס' שבכל מוצא הדין כן, שהרי בכל מוצא אין היאוש חל כלל משום דהוי יאוש ברשות כמו שנתבאר, אלא כוונתם במוצא שנתכוון לגזולה אח"כ. וז"ל: 'והא דאמרו בב"מ באיסורא אתי לידיה היינו דאין לו רשות לאחר יאוש לומר דפקע מצוות השבה וממילא אני זוכה לעצמי, אלא אדרבה אמרי' דחייב אתה בהשבה וממילא אין כאן יאוש. וכוונת התוס' שאם יכוון אחר יאוש לגזול, יקנה החפץ ויתחייב בממון כשאר גזלן, כיון דגזילתו גורמת היאוש'.

הרי מבואר בדבריו שאם נתכוון לגזול החפץ לאחר יאוש הרי זה קונה [למ"ד יאוש כדי קונה] וחייב לשלם דמים כשאר גזלן, ודבריו צע"ג שהרי מבואר בגמ' שאם נתכוון לגזול לאחר יאוש אינו עובר אלא בהשב תשיבם ולא ב'לא תגזול', אי משום שאין כאן 'מעשה גניבה' כפירוש רש"י, אי משום דמיירי לאחר יאוש כפירוש התוס', וא"כ האיך יתכן שנעשה גזלן ונתחייב בדמים. וצ"ע.

6 אמנם מדברי הר"ן (בדף ל.) מוכח לכאור' דלא ס"ל כן, דהנה הר"ן סובר שגם לפני שהגביה איכא עשה דהשב תשיבם, ומה שאמרו בגמ' (טו:) שאם המתין לה עד שנתייאשו הבעלים אינו עובר אלא בלא תוכל להתעלם מיירי כשלא הלך לו אלא עמד עליה ולכן אינו עובר על השב תשיבם ע"ש. מבואר בדבריו שעל אף שאינו עובר על השב תשיבם כיון ששומרה שלא תאבד, מ"מ עובר על לא תוכל להתעלם כיון שהמתין ולא הגביהה עד שיתייאשו הבעלים, ומוכח מזה שעצם הדבר לגרום שיצא מרשות בעלים ע"י יאוש הרי זה בכלל איסור דלא תוכל להתעלם, ואם כשמתין הרי הוא עובר בכך כ"ש כשמחליט לגזול, וא"כ הדרא קושיא אמאי אינו עובר על לא תוכל להתעלם. וצ"ל שלא אמר כן רק בעודו ממתין לפני היאוש, אבל בנידון דידן שע"י הגזילה חל היאוש מיד אינו עובר על לאו זה.

האם המוצא עצמו יכול לזכות בו לאחר שנעשה שומר אבידה

ט) אמנם הערך ש"י כתב שהמוצא עצמו אינו יכול לזכות, שאף דנתייאשו הבעלים אח"כ א"א לקנותה, משום דליכא הוצאה מרשות לרשות אחר' כיון דכבר נעשה ידו כיד בעלים, וחסר ב'מעשה קניין'. ודימה למה שכתב הרשב"א דאין שליח יכול לקנות לעצמו דאין המכר אלא הוצאה מרשות לרשות, וזה לא יצא מרשותו שהוא במקום בעלים עומד. ולפי המבואר לעיל בביאור דברי הגמ' נמצא שגם המוצא עצמו יכול לזכות לאחר יאוש כשמתכוון לגזולה.

אמנם כן, מה שכתב הערך ש"י שאינו יכול לזכות כיון שחסר במעשה קניין, נראה שתלוי במח' הקצוה"ח והנתה"מ בביאור דברי הרמב"ן. דהנה בקצוה"ח (ס"ו רנ"ט סק"א) מבואר שלפי הרמב"ן דלא מהני יאוש ברשות היינו גם אם אינו שמור באותה רשות, כל שהוא רשות בעלים אין היאוש חל, [ואשר על כן נתקשה ממוצא מעות בבית הכנסת שמהני היאוש אע"פ שהוא ברשות בעלים, וכן מהא דמהני יאוש בעבד אע"פ שהוא ברשות בעלים בכל מקום שהוא]. ולשיטתו כתב (בס"י שס"א סק"ב) שמה שכתב הרמב"ן שאם נטל ע"מ לגזולה חל היאוש היינו משום שכל שנטלה ע"מ לגזולה לא

נעשה שומר אבידה כלל⁷. אבל הנתה"מ (ס"ו רנ"ט סק"א) חולק על הקצוה"ח וסובר שכל הטעם דלא מהני יאוש ברשות בעלים הוא רק כששתמרת לו, אבל אם אינה משתמרת לו אזי מהני היאוש אפילו כשהוא ברשותו.

ומעתה נראה, שלפי הנתה"מ אין לומר שהמוצא אינו זוכה משום שחסר במעשה קניין, שהרי עצם היאוש הוא סיבה לצאת מרשות בעלים, ומה שמעכבו הוא זה שהמוצא שומרו עבור הבעלים, וא"כ כל שהחליט שלא לשמור לבעלים שפיר חל היאוש ויוצא מרשות הבעלים. וממילא זוכה בקניין חצר, מידי דהוי כמפקיד שהפקיר פיקדונו שהשומר זוכה בקניין חצר [כמבואר בגמ' (ב"ק מט:)] לגבי משכוננו של גר], ואינו דומה לדברי הרשב"א שהביא הערך ש"י בשליח שבא לזכות מיד המשלח, שהרי התם הוא בא לזכות מיד המשלח ואין כאן הוצאה מרשות לרשות, אבל הכא בא לזכות מן ההפקר ושפיר זוכה.

אבל לפי שיטת הקצוה"ח שכל שהוא שומר הרי זה ברשות בעלים אע"פ שאינו שומר עבור הבעלים, ושאני נוטל ע"מ לגזול שלא נעשה שומר מעיקרא, א"כ הכא שנטלה ע"מ להשיב ואח"כ החליט לגזול עדיין שומר הוא, וא"כ אין היאוש חל אפילו לאחר שהחליט לגזול וכמו שכתב הערך ש"י.

7 ועל אף ששומר אבידה לא בעי קבלת שמירה אלא רחמנא רמיה עליה נטירותא בע"כ, כמש"כ הקצוה"ח (ס"ו רצ"א סק"ד), מ"מ גזולן שאינו חייב כשומר אבידה, עי' בחזו"א (ב"ק ס"ו טז סק"א ד"ה ויש לעיין). אמנם עי' בשער משפט (ס"ו שני"ד סק"א) שכתב בפשיטות שגם גנב נעשה שומר אבידה ע"ש.

(במלחמות שם) שסובר שהמוצא אבידה ונטלה ע"מ לגזלה קונה ביאוש, שהרי בזה אין לומר שידו כיד בעלים מאחר שאינו שומרה לבעלים, וצ"ע מאי שנא מכל גזילה שאינו קונה ביאוש אע"פ שאינו שומרה לבעלים. [ועי' בקצוה"ח (סי' קס"ג) מש"כ בזה ודבריו צ"ע] וכתבו האחרונים (עי' חזו"א ב"ק סי' ט"ז, ובחידושי רבי מאיר שמחה (כו:) ועוד אחרונים) דשאני כל גזילה שהוא גרם ליאוש שיבוא ולכן אינו קונה, משא"כ במוצא אבידה ונתכוון לגזול שאין היאוש בא מחמתו אלא מחמת האבידה עצמה לכן קונה ביאוש. וסמך לכך נראה מדברי הנתה"מ (סי' שס"א סק"ב) שכתב, שהנה מבואר בגמ' (ב"ק קטו:) שגזלן הבא לגזול הבעלים מתייחס לפני שחטפה הגזלן, וצ"ע א"כ אמאי אין הגזלן עצמו קונה ביאוש, שהרי הבעלים נתיימשו לפני שנתחייב בהשבה. וכתב הנתה"מ שכיון שמחמתו בא היאוש לכן אינו קונה [אבל אם בא אחר וחטפה שפיר קונה ביאוש ע"ש].

ולפי"ז מבואר, שאע"פ שהנטילה והיאוש חלין כאחד, מ"מ הרי הוא גורם ליאוש שיחול ולכן אינו קונה. [ואע"פ שהבעלים כבר נתיימשו מקודם שלא מחמתו אלא שלא הועיל, מ"מ כיון שעד עתה לא הועיל היאוש ובנטילה זו גרם שיועיל הרי זה כגורם ליאוש שתבוא, ואינו דומה לנטול אבידה ע"מ לגזול שאין היאוש חל מחמתו כלל, שמצידו הרי זה כמונח על גבי קרקע כמש"כ הרמב"ן. ודו"ק].

ולדבריהם צ"ע למה באמת אינו עובר על לא תוכל להתעלם ועל לא תגזול, וצ"ע.

הוכחה מדברי הגמ' שהנטול ממקום שמור לבעלים נעשה גזלן

(י' אמנם צ"ע, דהנה מבואר בגמ' סוכה (דף ל:) אמר להו רב הונא להנהו אוונכרי, כי זבניתו אסא מעכו"ם לא תגזוו אתון, אלא לגזווה אינהו ויהבו לכו, מאי טעמא סתם עכו"ם גזלי ארעתא נינהו וקרקע אינה נגזלת, [ר"ל שאין היאוש מועיל בה. רש"י], הילכך לגזווה אינהו, כי היכי דלהו יאוש בעלים בידייהו דידהו ושינוי רשות בידייהו.

הכוונה, שמכיון שהגזילה היה בעודו מחובר לקרקע א"כ כל שהם יתלשו הוו להו הם הגזלנים, שאע"פ שכבר נתימשו הבעלים הרי אין יאוש מועיל בקרקע, אלא צריכים שהעכו"ם יתלשו ואז יחול היאוש, ואח"כ יקנו הישראלים בשינוי רשות.

מבואר בזה שאע"פ שהבעלים כבר נתיימשו מקודם, ואותה יאוש מועיל עכשיו בשעת התלישה, מ"מ מכיון שאין היאוש חל אלא ע"י נטילה זו הוי ליה גזלן בעצם הנטילה ואינו קונה. וכמו כל גזלן שאינו קונה ביאוש, ולא אמרינן שהנטילה והיאוש באין כאחד, וכן הוכיחו האמרי משה והגרש"ק והגרש"ר.

וההסבר בזה נראה, לפי מה שכתבו האחרונים בביאור דברי הרמב"ן

סברא לחלק בין חוטף מהמוצא למוצא עצמו שנתכוון לגזול

יא) ונראה ליישב, דהנה הנוטל ע"מ להחזיר ולאחר זמן החליט שלא לשמור לבעלים, אמנם אינו רוצה ליטול לעצמו אלא שאינו רוצה לשמור, אינו עובר בלא תגזול אפילו כשהבעלים עדיין לא נתייאשו, שהרי לא נתכוון לעכבו לעצמו, אלא עובר על השב תשיבם על מה שאינו שומרה לבעלים. ואם כבר נתייאשו הבעלים והחליט שלא לשמור, אזי חל היאוש וקנה כיון שאינו שומר עבור הבעלים [לפי שיטת הנתה"מ בדעת הרמב"ן שהכל תלוי אם הרשות משומרת לבעלים או לא כמו שנתבאר לעיל], והלה אינו עובר על לא תגזול כיון שלא נתכוון ליטול לעצמו, אלא עובר משום השב תשיבם על עצם ההחלטה להסיר השמירה.

ומעתה נראה, שגם אם החליט לגזולה לאחר שנטלה, שקנה ביאוש ואינו עובר על לא תגזול. ואע"פ שלפני שהחליט לגזולה היה ברשות בעלים לגמרי ובהחלטה זו הרי הוא מוציאה מרשות בעלים, שהרי בכלל ההחלטה לגזול איכא גם החלטה להסיר השמירה, לא גרע בכך שנתכוון לגזול כיון שגם אם לא יתכוון לכך הרי זה יוצא מרשות בעלים ביאוש. ולא אמרינן שעובר על לא תגזול ואינו קונה ביאוש אלא באופן שהגזילה מוציאו מרשות בעלים, אבל אם גם בלא גזילה זו אלא בעצם ההחלטה שלא

ואיך שיהיה נלמד מינה שהוא הדין והוא הטעם כשחטף אחר מרשות המוצא, שעל אף שנתייאשו הבעלים, מאחר שאין היאוש חל אלא ע"י נטילתו של זה הוי גזול ואינו קונה. וכדברי הריטב"א הישנים ודלא כהערך ש"י. שו"ר באמרי משה (שם) שעמד בקושיא זו, ונשאר בצ"ע.

ולפי"ז הדרא קושיא לדוכתא בנוטל ע"מ להחזיר ולאחר מכן נתכוון לגזולה, אמאי אינו עובר משום לא תגזול ולא תוכל להתעלם.

וראיתי בשיעורי ר"ש (סי' מ"ב) שעמד ג"כ בזה, שלשיטת הרמב"ן קשה בנוטל ע"מ להחזיר ולאחר יאוש נתכוון לגזול, אמאי אינו עובר על לא תגזול. וכתב שי"ל שכיון שנתייאשו הבעלים, אע"פ שהיה יאוש ברשותם מ"מ הועיל היאוש שיצא קצת מרשותם, ולכן שוב אינו עובר על לא תגזול.

ודבריו צע"ג, שהרי מהגמ' סוכה הנ"ל מוכח שגם אם נתייאשו הבעלים אם לא הועיל היאוש כיון שהיה מחובר לקרקע, אזי הנוטל עובר על לא תגזול. אמנם יש מקום לחלק, אם נאמר שהטעם שאין יאוש מועיל בקרקע אינו מן הסברא דהוי יאוש ברשות אלא גזה"כ שאין קרקע נגזלת [ע"י בזה בתוס' ב"ב מד. וברבינו יונה שם], א"כ י"ל שבקרקע אין היאוש חל כלל.

ונטלה משם, מעיקר הדין צריך לקנות ביאוש שהרי עתה אינה ברשות בעלים, אלא שאינו קונה כיון שנעשה גזלן, וגזלן אינו קונה ביאוש כיון שהוא גרם ליאוש שיחול וכמו שנתבאר.

ולפי זה נראה דהיינו רק כשנתכוון לגזול וכעובדא דאוונכרי, אבל אם לא נתכוון לגזול לא נעשה גזלן והרי הוא זוכה ביאוש ע"י נטילתו.

ולפי זה נמצא, שבעלים שמכרו או נתנו לאחר חפץ שבו מוטמן כסף רב, באופן שניכר שהבעלים שכחו מזה ונתייאשו⁸, הדין הוא שהמקבל זוכה בהם, שהרי באמת כבר נתייאשו אלא שברשותם לא הועיל היאוש, ועתה שיוצא מרשותם מועיל היאוש. ומשום גזילה אין כאן מאחר שהבעלים נתנו לו.

ולכאן צ"ע ממש"כ בחידושי הר"ן (כג): בהא שאמרו בגמ' שהוא גברא דאשכח כופרא ביה מעצרתא ואמר ליה רב זיל שקול לנפשך, ואמרו בגמ' הטעם דמשום יאוש בעלים נגעו בה, דחזא דקדחי ביה חילפא. וכתב הר"ן וז"ל: פירוש, כגון דידע דהאי כופרא לא היה של בעל הגת, דאי ידידה הוה כיון דברשותיה קיימא לא מהני בה יאוש. עכ"ד. [וכן מבואר בדברי הרמב"ן והרשב"א בסוגיא דמצא בגל (כה: יעו"ש)].

לשמור היה יוצא מרשות בעלים, ליתא באיסור לא תגזול וקונה ביאוש.

ומדויקים דברי התהל"ד (הנ"ל) שכתב: 'כיון דבזה השעה שנתכוון לגזולה סילק את עצמו משומר, ושפיר חלה היאוש תיכף ומהני'. ור"ל שבכלל כוונת גזילה איכא גם סילוק משמירה, ומחשבה זו בלבד אהני שיחול היאוש ושוב אין כאן גזילה.

ולפי"ז נמצא שאדרבה, אם המוצא שומרה לבעלים ובא אחר וחטפה ממנו, הרי הוא עובר משום לא תגזול ואינו קונה, כיון שהמוצא שומרה לבעלים והחוטף הרי הוא כחוטף מן הבעלים עצמם - וכמבואר בחידושי הריטב"א הישנים. משא"כ אם המוצא עצמו החליט לגזול אינו עובר על לא תגזול, ושפיר קונה ביאוש כמבואר בגמ' [(כו:)] וכפי מה שביארו התהל"ד והאמ"מ הנ"ל].

אכן אם המוצא עצמו מרשה לאחרים ליטלו שפיר קנה, שבעצם נתינת רשות יצא מרשות בעלים וחל היאוש, והלוקח אינו לוקח של הבעלים.

נתייאשו הבעלים כשהיה החפץ ברשותם ולקחה אחר האם קנה ביאוש

(יב) והנה נמצינו למדים שהמתייאש מחפציו המונחים בביתו ואין היאוש חל כיון שהוא ברשות בעלים, ואחר כך בא אחד

8 אמנם יל"ד מדין יאוש שלא מדעת אם לא נודע להם כלל שנאבד וא"כ יהיה אסור ללוקח או המקבל ליטלו, אכן יש אופנים שדינו כזוטו של ים כמש"כ הרמב"ם (פט"ז גזילה ה"ז) בדין מצא בגל, והובא להלכה בנתה"מ (ס"ו רל"ב סק"ח). וזה מהני גם שלא מדעת, וכתבנו בזה במקו"א.

הרמב"ן ע"ש. ודבריו צ"ע מהמבואר בגמ' סוכה והר"ן הנז'.

נכנס להצירו קודם יאוש ובא אחר ולקחה
משם

(ג) ועדיין יש להקשות במה שכתבו הראשונים (בסוגיא דמצא בגל ב"מ דף כה:), שאבידה שנכנס לתוך חצרו לפני יאוש אינו קונה ביאוש דבאיסורא אתי לידיה, ועכ"ז מבואר שם שאדם אחר הנוטלה משם קונה ביאוש. ולפי האמור צ"ע, שאם בעל החצר אינו קונה משום שבאיסורא אתי לידיה - והביאור לכא' הוא שאין היאוש חל כלל [כמו שכתבו הראשונים בהגיע לידו ממש], וא"כ זה שנטלה משם הרי הוא נוטל מרשות בעלים, והיאך קנה ביאוש. אכן לפי מה שביאר החזו"א (ב"ק סי' י"ח סק"ד) בדין זה שבאמת חל היאוש אלא שבעל החצר אינו יכול לזכות אתי שפיר, ועי' בהערה⁹.

דברי הנתה"מ בנוטל מרשות בעלים

(ד) והנה יעויין בנתה"מ (סי' ר"ס סק"ג), שדן במי שנטל ממקום שהניחו הבעלים ונתיאשו אך המקום משומר קצת ואין היאוש חל, ולכן הדין הוא שלכתחילה לא

מבואר בדבריו שאע"פ שכבר נתיאשו הבעלים, מ"מ כיון שלא חל משום שהוא ברשות בעלים אין הלה קונה ביאוש, ולכא' צ"ע, שהרי עתה כבר נטל הלה את הכופרא ושוב אינו ברשות בעלים, ואמאי אינו קונה ביאוש. ובזה אין לומר דהוי גזלן, שהרי בעובדא דההוא דאשכח כופרא לא נתכוון לגזול, שהרי בא לשאול את רב כדת מה לעשות.

אכן נראה דשאני התם, שכיוון שלא נתכוון לגזול אלא אדרבה היה רוצה להשיב לבעלים כדינו, א"כ נשאר גם עתה ברשות בעלים. וכמו שכתבו הראשונים שגם אם הוא ביד שומר הוי ברשות בעלים ואין היאוש חל, וע"ע להלן.

נמצינו למדים מזה, שאם נטלה לגזול לא קנה, אם נטלה לשמור לבעלים לא קנה, ואם נטלה לעצמו ברשות בעלים קנה.

[ועי' בדברי חיים (אויערבאך, דיני אבידה ס"א) שכתב בפשיטות שבעלים שנתיאשו מתפציהם שהיו ברשותם ולא הועיל היאוש, ובא אחד ולקחה משם לעצמו, חל היאוש והזכייה כאחד. ויישב בזה קושיות הקצוה"ח (סי' רנ"ט סק"א) על

9 הנה נתקשו האחרונים בביאור הדבר שכל היכא שנכנס בחצירו לפני יאוש אינו יכול לזכות בו, דלכא' הרי לא נתחייב בהשבה, וגם קשה מהמבואר בסי' רס"ב סי"ז שאם בא ליד התגר דבר שנתיאשו הבעלים אח"כ זכה בו התגר לאחר יאוש. ועי' בחידושי רעק"א (כו.) ונתה"מ (סי' רס"ב סק"א) מש"כ בזה. והנה החזו"א כתב: וצ"ל דמ"מ חצר פגומה היא, דבצורה זו [שנכנס קודם יאוש] ידו לא קניא, ואמרינן מ"מ אי חצירו כידו דון לו כמתחייב בהשבה מעיקרא. ולפי"ז את"ש, שבאמת היאוש חל וגם הוא עצמו יכול להגביה ולזכות בה, אלא שחצירו אינו קונה לו דומיא דידו.

בעלים, ואע"פ שכוונתו לשמור לבעלים, מ"מ מיד עם נטילתו יצא מרשות בעלים¹⁰. אבל בוודאי הינוח שהדין הוא שצריך להחזיר, לא נחשב שיצא מרשותו ואין היאוש חל, וכ"כ בשיעורי רבי שמואל (סי' כ"ה).

איברא, שמדברי הראשונים מבואר שגם באופן שאסור להחזיר כיון שנעשה שומר וידו כיד בעלים הוי יאוש ברשות ואינו מועיל. אכן נראה שהנתה"מ בשיטת התוס' אמרה, לפי מה שהעלנו לעיל [אות ב'] בשיטת הנתה"מ שגם התוס' מודים דל"מ יאוש ברשות, אלא דבשומר אבידה ס"ל שכיון שאין אפשרות שיוחזר לבעליו כיון שאין בו סימן מהני יאוש בעלים, ובזה כתב הנתה"מ שאם הוא דבר שמותר להחזירו הרי יש סיכוי שיוחזר לבעליו. וא"כ הרי גם עתה שהוא ביד השומר הוי ברשות בעלים ואין היאוש מועיל, אבל אם אסור להחזיר אין סיכוי שיוחזר לבעליו והיאוש מועיל¹¹.

יגע. וכתב הנתה"מ וז"ל: 'אבל אחר שנטלן והדין הוא דלא יחזיר וכו', וכיון שכבר נטלו ואסור להחזירו ממילא יצא מרשות בעל האבידה ומהני ביה יאוש אחר הנטילה. ולא דמי ליאוש שלא מדעת, כיון שבאמת היה היאוש קודם וכמש"כ התוס' בסוכה וכו', וכיון שהיה היאוש מקודם רק שלא הועיל עד אחר שבא לידו קנה' עכ"ל.

מבואר בדבריו שזוכה מיד כשנטלה, אע"פ שלפני שנטלה לא הועיל היאוש. והנה לכאור' צ"ע, הרי כאן נטלה כדי לשמור לבעלים, וא"כ נמצא שעדיין לא יצא מרשות בעלים וכמבואר בדברי הר"ן הנ"ל, והיאך זכה.

אכן הנתה"מ דייק וכתב שכיון שהדין הוא שאסור להחזירו ממילא יצא מרשות בעלים, וכוונתו שרק בזה שאסור להחזירו כיון שהוא ספק הינוח לכן יצא מרשות

אמנם דבריו צ"ע, שהרי באופן כזה שלא נעשה שומר אבידה הרי גם ידו קונה לו, כמש"כ הרמב"ן (והובא בש"ך סי' רנ"ט סק"א) שהנוטל אבידה ע"מ לגזולה קונה ביאוש, הא קמן שגם ידו קונה לו באופן זה, וא"כ אמאי לא תיקני ליה חצירו כיון שלא נעשה שומר. וצ"ע.

וכאן המקום להעיר גם עמש"כ בשיעורי ר"ש שעמד בכל זה, והעלה שראשונים אלו למדו מהלך אחר בדין איסורא אתי לידיה, ע"ש שהאריך בזה. ואע"פ שהרמב"ן במלחמות כתב הטעם משום דנעשה שומר אבידה, מ"מ בחידושו אינו סובר כטעם זה, אלא טעם אחר שזה שייך גם בחצר ע"ש.

אמנם דבריו צ"ע, שהרי הריטב"א (בדף כא:) כתב כהרמב"ן שהטעם שאינו קונה ביאוש הוא משום שידו כיד בעלים, ומאידך מבואר בדבריו (כו.) שגם בחצר איכא חסרון דבאיסורא אתי לידיה. יעו"ש שדן בהא דתנן אם היה משכירו לאחרים אפי' מצא בתוך הבית הרי אלו שלו, שהפירוש הוא שבעל הבית זוכה בו, דכל חד אייאש מיניה כי קא נפיק, וכיון שכן חצירו זוכה לו לאחר יאוש 'ובהתיירא אתי לידיה, דמקמי הכי לא קניא ליה כל זמן שהיתה מושכרת, דשכירות קניא' עכ"ל. מבואר בדבריו שבאמת גם בחצר איכא חסרון זה, וצ"ע.

10 ויל"ע עוד ממש"כ הנתה"מ בסי' רס"א בתו"ד לגבי אבידה מדעת, וצ"ע ודו"ק.

11 איברא מדברי הרשב"א (כו.) מבואר דלא כהנתה"מ, שכתב לגבי מצא בחור שבכותל שהנוטל משם לאחר שנתייאשו הבעלים הרי אלו שלו, ולכאור' חור זה לא גרע מסימטא ואעפ"כ מהני היאוש. ונראה

דבריו מוסבים על דברי הרמב"ם והמחבר דמיירי בכך כמש"כ הסמ"ע שם, ולכן קנה.

האם עדיין צריך להשיב משום מצוות 'השב תשיבם'

מז והנה לפי מה שנתבאר שלשית הרמב"ן הטעם שלא עבר על לא תגזול הוא משום שע"י ההחלטה לגזול קנה ביאוש, א"כ מה שאמרו בגמ' שעובר משום השב תשיבם היינו שכבר עבר, אבל עתה לאחר שהחליט לגזול תו אינו בר השבה כלל מאחר שכבר קנאו ביאוש, וכמו שאמרו בגמ' בנוטל ע"מ לגזולה דאע"ג דאחדריה בתר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה, וכתב הרמב"ן שגם העשה של השב תשיבם אינו מתקן כיון שקנאה ביאוש, וה"נ בניד"ד כשהחליט לגזול.

אמנם ראיתי בשו"ת בית אפרים (שם) שכתב בפשיטות, שגם לרמב"ן אכתי איתיה לעשה דהשב תשיבם, ואע"פ שחל היאוש ויצא מרשותם מ"מ כיון שנתחייב בהשבה תו לא פקע. ואינו דומה לנוטל ע"מ לגזול שאע"פ שנתחייב בהשבה מבואר בגמ' דאע"ג דאחדריה לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב, דשאני הכא שנטלה ע"מ להחזיר יעו"ש. [וע"ש מה שהוציא לפי"ז לגבי יאוש בחוב דלא כהקצוה"ח (סי' קס"ג)].

ודבריו מחודשים מאד, שאם כבר נתיאשו הבעלים מה שייך לחייבו משום

והלום ראיתי בשיעורי רבי שמואל (שם) שהביא מהגרשש"ק (ב"ק סי' ל"ז) והאבן האזל (פט"ז דגזילה) שתמהו על דברי הנתה"מ טובא מהגמ' בסוכה הנ"ל, שמבואר שהיות ולא חל היאוש רק עם נטילתו נעשה גזלן ואינו קונה, ובאמת שהוא תמיהה עצומה והרי הנתה"מ עצמו הזכיר סוגיא זו בתו"ד.

ובאמת שיש סמך לדברי הנתה"מ מדברי הב"י (סי' ר"ס ס"ט) שכתב להסביר דברי הרמב"ם שכתב שהמגביה מציאה שאין בו סימן בספק הינוח הרי זה זוכה לעצמו, וכתב הב"י שטעמו משום דאיכא יאוש כיון שאסור להחזירה, ואע"פ דהוי יאוש שלא מדעת מ"מ בדיעבד שהגביהה מועיל יאוש זה יעו"ש. והנה הרי היאוש לא חל רק בשעה שנטלה, שהרי עד שעה זו קיימא בספק הינוח שאינו עומד ליאוש, ונמצא שהוא גורם ליאוש, וא"כ האיך זוכה בו, ומבואר כדברי הנתה"מ שכיון שעתה חל היאוש זכה בו.

אכן נראה, דהנה כבר העלינו שבאמת מן הדין יש לו לקנות ביאוש שחל מיד עם נטילתו, אלא שכיון שהוא גזלן לא קנה ביאוש כיון שהוא גרם ליאוש שתחול, והיינו רק כשנתכוון לגזול, אבל אם לא נתכוון לגזול קונה ביאוש. ולפי"ז אתי שפיר, שהרי בעובדא דהנתה"מ לא נתכוון הלה לגזול אלא להשיב לבעלים [דבהכי מיירי כמבואר בדבריו, שעסק אם מותר להחזיר או לא, וגם

שהנוטל ע"מ לגזול קנה ביאוש הוא משום שלא נעשה שומר כלל], א"כ כאן שנטלה ע"מ להשיב ונעשה שומר אבידה אין היאוש חל, אבל לפי הנתה"מ שהכל תלוי אם הוא שמור לבעלים א"כ אמאי לא יקנה ביאוש.

אכן נראה, דהנה הרמב"ן סובר שהמגביה אבידה ע"מ לגזול הרי זה קונה ביאוש, ואינו כאבידה כיון שאינו שומרה לבעלים. ואע"פ שגם גזלן אינו קונה ביאוש אע"פ שאינו שומרה לבעלים, כבר ביארו האחרונים דשאני גזלן שהוא גרם ליאוש ולכן אינו קונה, משא"כ המגביה ע"מ לגזול שאין היאוש מחמת הגזלן אלא מחמת שהוא אבידה אזי שפיר קונה ביאוש. [ובקצוה"ח (סי' קס"ג) ביאור באופ"א קצת יעו"ש].

אמנם הריטב"א (כו:) חולק על הרמב"ן וסובר שגם הנוטל ע"מ לגזול אינו קונה ביאוש, דנהי שאין ידו כיד הבעלים כמו בכל אבידה, מ"מ אינו קונה משום שהוא גזלן, וגזלן אינו קונה ביאוש אע"פ שהוא לא גרם לכך. [ואין הטעם משום שנתחייב בהשבה כשיטת התוס', שהרי א"כ למה הוצרך הריטב"א (בדף כא:) לטעם משום שידו כידו בעלים ולא כתב משום שנתחייב בהשבה, אלא הטעם משום שגזלן אינו קונה ביאוש]. וא"כ י"ל, שגם בנוטל ע"מ להחזיר ולאחר מכן החליט לגזול, נהי שאינו עובר בלא תגזול כיון שלא עשה מעשה, מ"מ אינו קונה ביאוש שבעצם החלטתו נעשה גזלן לכל דבר.

השב תשיבם, וגם החילוק בין זה לנוטל ע"מ לגזול צ"ע, ומדברי הקצוה"ח (סי' קס"ג) מוכח דלא כדבריו כמו שכתב הבית אפרים שם.

מהלך הריטב"א

טז) אמנם באמת מדברי הריטב"א נראה דס"ל שישנו לעשה דהשב תשיבם גם לאחר שנתכוון לגזול, וז"ל הריטב"א (שם): נטלה לפני יאוש וכו' עובר משום השב תשיבם. 'הא דלא קאמר אינו עובר אלא משום השב תשיבם בלבד וכו', אבל הכא כיון שבאת לידו עובר כל שעה ושעה בהשב תשיבם' ע"כ.

מבואר בדבריו שגם לאחר שנתייאשו עדיין איתיה בעשה דהשב תשיבם, ונשמע מינה שלא קנה ביאוש. ולדבריו הדרא קושיא לדוכתא, אמאי אינו עובר על לא תגזול מאחר שנשאר ברשות בעלים. וצ"ל דס"ל כשי' רש"י, שלא תגזול ליכא אלא במעשה גזילה ולא בהחלטה לגזול, ודלא כהתוס' שסוברים שגם בהחלטה לגזול לחוד עובר, ובאמת שהריטב"א כתב שם כן להדיא כשי' רש"י.

אמנם אכתי צ"ע, שהרי הריטב"א עצמו כתב בטעם שאין המוצא קונה ביאוש לאחר שבא לידו משום שידו כיד בעלים והוי יאוש ברשות בעלים, וא"כ כשהחליט שלא להשיב אמאי לא יחול היאוש מעתה. והנה אי נימא כשיטת הקצוה"ח שכל שהוא שומר אין היאוש חל ואע"פ שאינו שומרה עובר הבעלים, [והטעם

איברא, שכל זה אפשר לומר בדעת שפיר קונה ביאוש, וע"כ צריך לומר שקונה הריטב"א, אבל בדעת הרמב"ן א"א ביאוש. ומה שאמרו בגמ' שעובר משום השב לומר כך, שהרי הרמב"ן סובר שגזלן כי האי תשיבם הכוונה הוא שכבר עבר.

העולה מהאמור:

המוצא שהגביה את האבידה כדי להחזיר אינו זוכה ע"י היאוש כיון שהגביהה קודם יאוש, לשיטת התוס' משום שנתחייב בהשבה, ולשיטת הרמב"ן משום שנעשה שומר אבידה וידו כיד בעלים.

לשיטת התוס' יכול אחר לחטוף מן המוצא באופן שהמוצא לא יתחייב בכך לבעלים, אמנם המוצא עצמו אסור ליתנו לאחר גם אחרי שנתיאשו הבעלים. ולשיטת הרמב"ן נחלקו האחרונים (אגודת אזוב והערך ש"י) אם אחר יכול לחטוף מן המוצא, ובחידושי הריטב"א הישנים כתב שאינו יכול לחטוף, וכן מבואר מדברי רש"י והריטב"א, וכן נראה מוכח מהגמ'.

אם המוצא עצמו החליט שלא לשמור יותר – הגם שאסור לו לעשות כן, או אם המוצא מרשה לאחר ליטלו, הרי הוא קונה גם לשיטת הרמב"ן.

ואם נתכוון לגזול נחלקו האחרונים [ערך ש"י ובית אפרים] אם קונה ביאוש לפי שיטת הרמב"ן. ובחידושי הריטב"א מבואר שאינו קונה ביאוש, אמנם בשיטת הרמב"ן נראה מוכח שקונה ביאוש, ולפי זה נראה ששוב אינו צריך להחזיר האבידה לבעלים. [אמנם בחזו"א מבואר שיש עכ"פ חיוב דמים כשאר גזלן, ודבריו צע"ג].

ואם נאבד מן המוצא לכו"ע זוכה המוצא השני ביאוש בעלים, אם לא שהמוצא הראשון חייב לשלם לבעלים והוא לא נתיאש, שאז יש לומר שצריך להחזיר למוצא הראשון [ורעק"א נסתפק בדבר זה].

אם נתיאשו הבעלים בחפץ שמונח ברשותם, י"א [רעק"א והתרומה"כ] שנחלקו הראשונים בזה, וי"א [הנתה"מ והמחנ"א] שאם שמור לבעליו אין היאוש מועיל. אבל אם אינו שמור [או שאינו הווה להימצא] מהני היאוש.

ואם לקח אחד את האבידה מרשות הבעלים, אם לקחה לגזול לעצמו אינו קונה, ואם לקחה כדי להשיב, לדעת הר"ן אינו קונה. ולדעת הנתה"מ [בדעת התוס'], אם אסור להחזיר – כגון בספק הינוח – קונה, ואם חייב להחזיר אינו קונה. ואם הבעלים נתנו לו למוצא חפץ ומוטמן בו אבידה, הרי זה קונה.

ראה"כ הרה"ג ר' דוד בריזל שליט"א

חוב הכרזה לפנים משורת הדין

בגמ' (ב"מ דף כ"ד:) רב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמר שמואל בשוקא דבי דיסא, אמר ליה, מצא כאן ארנקי, מהו. אמר ליה, הרי אלו שלו. בא ישראל ונתן בה סימן, מהו. אמר ליה, חייב להחזיר. תרתי, אמר ליה לפנים משורת הדין ע"כ. ודין זה נפסק בשו"ע בס' רנ"ט (סעיף ה'), וז"ל השו"ע: אף על פי שמן הדין במקום שרוב עובדי כוכבים מצויים, אפילו נתן ישראל בה סימן אינו חייב להחזיר, טוב וישר לעשות לפנים משורת הדין להחזיר לישראל שנתן בה סימן. (ואם הוא עני ובעל אבידה עשיר, אין צריך לעשות לפנים משורת הדין) ע"כ.

ויש לברר האם יש חוב לפנים משורת הדין להכריז האבידה, או שהחוב הוא רק שאם נודע לו מיהו בעל האבידה יש חוב לפנים משורת הדין להחזיר לו. עוד יש לברר באופן שהיה זוטו של ים, אם יש בו דין לפנים משורת הדין או לא.



אם יש חוב הכרזה לפנים משורת הדין

א. איתא בשו"ע הרב (הלכות מציאה ופקדון סעיף י"ח) וז"ל: וכל זה משורת הדין, אבל טוב וישר לעשות לפנים משורת הדין להחזיר אפילו ברוב נכרים למי שיתן סימן אף על פי שכבר נתייאש. אבל אין צריך להכריז ולהודיע, אלא אם באו הבעלים מאליהם ותבעו ונתנו סימן מחזיר להם. ואם יודע מעצמו של מי הוא יחזירנו לו אף על פי שלא תבע. וכן בדבר שאין בו סימן אם יודע בבירור של מי הוא יחזירנו לו, אף על פי שכבר נתייאש, שהיאוש אינו כהפקר גמור שאינו מתייאש ומפקיר מרצונו. עכ"ל.

ומבואר בדבריו שאין חובה להכריז לפנים

משורת הדין. ולכאור' השו"ע הרב למד כן מדברי שמואל שבתחילה אמר לו הרי שלו, ועל מה ששאלו שאם בא אחד ונתן בו סימן אמר לו שחייב להחזיר. ומשמע שרק באופן שבא ונתן בו סימן חייב להכריז, אבל אין חובה לפנים משורת הדין להכריז. והשו"ע הרב שם בציונים ציין בזה לדברי השיטמ"ק שם שמוכח כן. וכן הוסיף וז"ל: וכ"מ בגמ' גבי כופרא. עכ"ל. וכוונתו לדברי הגמ' (בדף כ"ג:) ההוא גברא דאשכח כופרא בי מעצרתא, אתא לקמיה דרב אמר ליה זיל שקול לנפשך. חזייה דהוה קא מחסם. אמר

אלא שאין חיוב להכריז. ובספר מעין החכמה (שארף, ב"מ דף כ"ד ד"ה וכן היה רשב"א אומר), כתב בתוך דבריו שדן בדברי המהר"ם שיף ע"ד פסקי הרא"ש וז"ל: ותיבת להכריז דנקט שם הוא ט"ס וצ"ל להחזיר, עכ"ל.]

וראיתי בספר ערך המשפט (לידידי הגרש"ז טרבילו שליט"א, סימן ל"ה) שכתב להוכיח מדברי הצמח צדק (סי' פ"ט) והחתם סופר (חולין דף ק"י) שלא חילקו כחילוק השו"ע הרב, ונקטו שדין לפנים משורת הדין נאמר גם על חיוב ההכרזה, עי"ש באורך.

והנה בשו"ת אמרי יושר (ח"ב סי' נ"ט) הקשה סתירה בדברי השו"ע הרב, וז"ל האמרי יושר: ואם נדון הספרים בנ"ד ליאוש לכאור' אף אם יש בו סימן א"צ להכריז כלל רק אם יבוא מי שיתן הסימן יתנו לו, וכן משמע בשו"ע הרב הלכות מציאה סעיף י"ח. אבל בהלכות גניבה סעיף י"א כתב דמנהג מדינות אלו להחזיר כל גניבה וגזילה לאחר יאוש וש"ר, ואם אינו מכיר הבעלים יכריז כמו במציאה יעו"ש, ולכאור' דברים סותרים אהדדי, אם לא שנחלק בין גניבה דחמור טפי, וצריך לעיין מנ"ל, וברמ"א סי' שס"ח שציין הרב שם אינו מבואר לענין הכרזה. עכ"ל.

וראיתי בשו"ת צור יעקב (סי' ס"ו) שהביא קושית האמרי יושר וכתב ליישב בפשיטות, וז"ל: ובמח"כ הדבר פשוט לענ"ד דבמציאה דא"צ להחזיר רק לפנים משורת

ליה זיל פלוג ליה לחייא ברי מיניה. לימא קא סבר רב מקום לא הוי סימן, אמר רבי אבא משום יאוש בעלים נגעו בה דחזא דקדחי ביה חלפי. ע"כ. ומבואר שאין עליו חובה לפנים משורת הדין כיון שאין ידוע מיהו הבעלים.

וכחילוק זה יש ללמוד מדברי המהר"ם שיף (ברך כ"ד ע"א), שכתב בתו"ד וז"ל: ואפשר לומר לפנים משורת הדין דמסתמא אינו חייב להכריז, אבל אם באו בעלים ונתנו סימן היה חייב להחזיר לפנים משורת הדין עכ"ל. ומבואר שאין חובה להכריז.

ולכאור' יש ללמוד כן גם מלשון הטור והשו"ע שם שכתבו דין זה שאם בא ונתן בה סימן, טוב להחזיר לו לפנים משורת הדין, ולא כתבו שחייב להכריז לפנים משורת הדין.

אמנם מצינו להטור בקיצור פסקי הרא"ש שכתב להדיא שלא כחילוק זה, שכתב (בסימן ו') וז"ל: והמוצא דבר במקום שרוב כותים מצויין שם אפילו דבר שיש בו סימן ה"ז שלו, אלא לפנים משורת הדין יש לו להכריז, אלא שאין כופין אותו. ואם רוב ישראל מצויין שם חייב להכריז עכ"ל. ומפורש להדיא שלפנים משורת הדין עליו להכריז, ועי' בשושנת יעקב (סי' רנ"ט שם) שהביא דברי הקיצור פסקי הרא"ש. [אמנם בדברי המהר"ף שיף קשה שציין שם לקיצור פסקי הרא"ש ומאידך כתב שם שלא כדבריו

אותו לפנים משוה"ד לבוא למציאות שיוכל לקיים השבת אבידה. [ועי' בשושנת יעקב שם שגם הזכיר מהלך זה].

ולכא' יש נפק"מ בין ב' המהלכים הללו, באופן שידוע שהאבידה היא של ישראל אלא שנתייחס, האם יש בו חובת הכרזה או לא, דלפי המהלך הראשון כיון שזה ודאי של ישראל חייב להכריז, ולפי המהלך השני יהיה פטור להכריז. ולפי"ז יש ליישב בדעת השו"ע הרב, שסבר כמהלך הא' שדוקא ברוב כנענים אין חובת הכרזה, [וכן בהמשך דבריו שאין בו סימן שודאי לא שייך הכרזה שהרי אין בו סימן], אבל בהלכות גזילה שמדובר שידוע שגזלו מישראל ואין ידוע מיהו הנגזל, בזה ס"ל להשו"ע הרב שלא שייך סברא זו, שכיון שע"י שיכריז יתברר מיהו הנגזל שפיר יש עליו חובת הכרזה. אמנם מדברי השו"ע הרב מוכח להדיא שגם בידוע שהוא של ישראל אין בו חובת הכרזה, שהרי למד כן מדברי הגמ' בדף כ"ג לגבי כופרא, ושם לא היה רוב עכו"ם אלא הפטור היה מפני שנתייחס הבעלים דקדחו ביה חלפי, ומוכח דס"ל להשו"ע הרב שגם בידוע שהיא של ישראל אין חיוב להכריז.

ובעיקר נדון זה אם חייב להכריז לפנים משורת הדין, לכא' יש להוכיח כן מדברי הירושלמי (שקלים פ"ז הלכה ב') שהובא שם הדין שאם מצא בסרטיא ופלטיא הרי אלו שלו, ומבואר שם באחד שלקח

הדין ודאי דא"צ להכריז, כמו שרמז הרש"ז שם לש"ס ב"מ כ"ג ע"ב דגברא דאשכח כופרא דא"ל זיל שקול לנפשך. אבל בגניבה דנהגו להחמיר ממנהג ישראל כמ"ש הש"ך סי' שנ"ו סק"י ובסי' שס"ח ברמ"א דהוי כהפקר ב"ד להוציא מיד הזוכה, א"כ הוא ברשות בעלים חייב מן הדין להכריז עכ"ל. [והעירוני שדברים אלו מחודשים המה, שמשסתבר שהמנהג לא היה רק שכשידוע ממי נגנב שיחזיר, ובפרט אם המנהג נוצר עפ"י הדינא דמלכותא לא מסתבר שהדינא דמלכותא מחייב להכריז, ובפרט לפי"ד הקצות בסי' רנ"ט וסי' שנ"ו שהשווה הדינים שהטעם שחייב להחזיר מדינא דמלכותא מפני שיש דין לפנים משורת הדין].

ולכא' יש מקום ליישב בדעת השו"ע הרב באופן אחר, שבאמת יש לפרש ב' טעמים מדוע אין חובת הכרזה. מהלך א'. כתב בשושנת יעקב (סי' רנ"ט שם) שכיון שמדובר ברוב כנענים, הרי יש לתלות שמשסתמא נפל מהרוב שהם כנענים ולכן לא הטריחוהו להכריז שמא הוא של הישראל, שהרי הישראלים הם מיעוט. מהלך ב'. שציקר הדין של לפנים משורת הדין הוא רק לגבי להחזיר כשידוע מיהו בעל האבידה, אבל לא הטריחוהו לברר מיהו בעל האבידה. [ואולי באופן שאין כלל טירחא יש חיוב של לפנים משורת הדין]. ועוד יש לחלק שבאופן שידוע מיהו הבעלים הרי שיש לפנינו מצות השבת אבידה, אבל כשאין ידוע לו מיהו הבעלים אין המצוה לפניו, ואין מחייבין

בדרכנן אבל סתם אדם אין מוטלת עליו החובה להחזיר אפילו לפנים משה"ד, וכדקאמר והתירוה משום מציאה עכ"ל. ואולי יתכן ליישב ב' קושיותיו בסתירה בין הבבלי והירושלמי, שבנדון הבבלי שידוע למי נאבד, הוא דין על כל אחד שיחזיר לפנים משורת הדין, ואינו דין דוקא על רבנן. אמנם בירושלמי נתחדש דין נוסף שחכמים נהגו להכריז גם באופן שאין ידוע ממי נאבד, ודין זה הוא במיוחד לגבי רבנן שנהגו להחמיר כן, אבל אינו חיוב על כל אחד ואחד.

דין לפנים משורת הדין בזוטו של ים

ב. בשו"ע (סימן רנ"ט סעיף ז') כתב וז"ל: המציל מהארי והדוב וזוטו של ים ושלוליתו של נהר, הרי אלו שלו אפילו הבעל עומד וצווח. הגה: מ"מ טוב וישר להחזיר, כמו שנתבאר סעיף ה'. עכ"ל. ומבואר שגם בזוטו של ים יש דין לפנים משורת הדין.

אמנם בתרומת הכרי (שם) חולק על הרמ"א, וז"ל: ובעניותי נראה כי יש לפקפק ולומר דבזוטו של ים אפי' לפנים משורת הדין אין לו להחזיר, שלא מצינו בש"ס שיש בו ועשית הישר והטוב אלא במצא במקום שרוב גוים מצוין (ב"מ כד, ב) והאי לאו כזוטו של ים הוא כדמוכח בריש אלו מציאות (שם כא, ב). עכ"ל. [ועי' בשיעורי ר' שמואל (ב"מ פ"ב סי' י') מה שביאר החילוק בזה].

האבידה והתברר שהיא של יהודי, ונעתיק לשון הירושלמי: ואישתכח מן דר"א בר' יוסי א"ר מנא קומי ר' יוסי ואנן חמיין רבנן מכריזין וכו' עכ"ל. וביארו כל המפרשים ששאלו שהרי החכמים נהגו להחזיר לפנים משורת הדין גם כשזכה בו, ומבואר בלשון הירושלמי שמכריזין אחר בעל האבידה. וכן מפורש שם בקרבן העדה ושאר המפרשים עי"ש.

ואולי יש לחלק לפי שיטת חלק מהמפרשים שם שמדובר ברוב ישראל וס"ל כרשב"א שאבידה בסרטיא ופלטיא גדולה מותרת גם ברוב ישראל, ולפי"ז יש לחלק כחילוק שנתבאר לעיל שדוקא באופן שרובם עכו"ם אין חובת הכרזה, אבל במקום שרובן ישראל יש חיוב הכרזה.

ושו"ר בעלי תמר על הירושלמי שם שעמד בזה, וכתב וז"ל: בב"מ כ"ד, בא ישראל ונתן בה סימן מהו, א"ל חייב להחזיר לפנים משה"ד. מלשון זה משמע דדווקא כשבא מאליו ונתן בה סימן חייב להחזיר אבל לא מחייבינן ליה להכריז, וכן משמע לשון הפוסקים בסימן רנ"ט, טוב וישר לעשות לפנים משה"ד להחזיר לישראל שנתן בה סימן, משמע שאינו מחוייב להכריז. אולם בירושלמי כאן מבואר שמצד הטוב והישר מחוייב אפילו להכריז, ולאידך גיסא מהבבלי ומהפוסקים מבואר שמדה זו נוהגת בכל אדם וכייפינן ליה ע"ז, ומהירושלמי משמע שהדבר נאמר רק

וכן כתב הבית הלוי (ח"ג סימן מ"ח) וז"ל: והנה מלשון הטור והמחבר שכתבו כן רק גבי רוב מצרים ולא כתבו כן בסעי' ה' ודאי משמע קצת דבמציל מן הארי הוא הפקר גמור ואין בו משום ועשית הטוב והישר. עכ"ל.

וכחילוק זה מבואר במהר"ם שיף (בדף כ"ד ע"א), שהביא דברי הרא"ש (סימן ו') שכתב וז"ל: וכן היה רשב"א אומר המציל מן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר והמוצא בסרטיא ובפלטיא גדולה ובכל מקום שהרבים מצויין שם הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשין מהן. האי מתייאשין אסרטיא ופלטיא ורבים מצויין שם קאי. אבל אינך אפי' עומד וצווח נעשה כצווח על ביתו שנפל עכ"ל הרא"ש. והקשה המהר"ם שיף על הרא"ש, וז"ל: לכאורה קשה הא אמרי' בגמרא בסמוך ע"ב והביאו הרא"ש עובדא דשוקא דגלדאי דאמר ליה נעשה כצווח על ביתו וכו' ש"מ דגם ברבים מצוין אפילו עומד וצווח הוי יאוש. ואפשר לומר לפנים משורת הדין דמסתמא אינו חייב להכריז אבל אם באו בעלי' ונתנו סימן היה חייב להחזיר לפנים משורת הדין, ועי' בקיצור פסקי הרא"ש. עכ"ל. ומבואר בדברי המהר"ם שיף שכוונת הרא"ש לחלק כחילוק זה שדוקא ביאוש שייך דין זה אבל לא בזוטו של ים.

והמהר"ם שיף ציין לקיצור פסקי הרא"ש [מבעל הטור] ולמד מדבריו כחילוק זה, שכתב (בסימן ו') וז"ל: המציל מארי ודוב וברדלס ונחש ומזוטו של ים ושלוליתו של נהר אפילו הבעל עומד וצווח הרי אלו שלו. והמוצא דבר במקום שרוב כותים מצויין שם אפילו דבר שיש בו סימן ה"ז שלו, אלא לפנים משורת הדין יש לו להכריז, אלא שאין כופין אותו. ואם רוב ישראל מצויין שם חייב להכריז. עכ"ל. ומדייק המהר"ם שיף שהזכיר דין זה של לפנים משורת הדין דוקא ברוב כותים שההיתר מדין יאוש, אבל בזוטו של ים לא הזכיר דין זה מפני שאין בו דין לפנים משורת הדין.

והנה התרומת הכרי שם כתב להוכיח דלא כהרמ"א, וז"ל: ויש להביא קצת ראייה מהאי דיו דשקיל בשרא ושדי בי צונייטא דבר מריון, ואתא לקמיה דאביי אמר ליה זיל שקול לנפשך (שם כד, ב). והרי בני בר מריון עשירים הוי כמ"ש התוס' בפ"ק דב"ב גבי האי מעלינא לך בנכסי דבר מריון דף י"ב ע"ב, ולמה לא ציוהו אביי להחזיר משום ועשית הישר והטוב דכל שהמוצא עשיר אף שהבעל אבידה ג"כ עשיר כופין אותו ג"כ להחזיר לדעת המרדכי וכ"כ בצמח צדק סי' פ"ט, אלא משום דדיו כזוטו של ים הוא כדאיתא שם בש"ס מש"ה לית ב' צד ועשית הישר והטוב. עכ"ל.

מאיזה טבח נטל הבשר. [וכן מסתבר, שקשה לראות ממרחק מאיזה טבח נטל הבשר, אלא ראה שלקח משוק של טבחי ישראל].

ומעתה יש להציע שב' המחלוקות שנתבארו לעיל תלויים זה בזה, שכאמור הטור בקיצור פסקי הרא"ש נקט שיש גם חיוב הכרזה לפנים משורת הדין, ולשיטתו קשה מהגמ' לגבי דיו שמשמע שאין חובת הכרזה כלל, ומכח קושיא זו נקט שם החילוק שבזוטו של ים אין דין לפנים משורת הדין, וכמו שדייק המהר"ם שיף מדבריו ומדברי הרא"ש שסוברים כחילוק זה. אמנם הרמ"א סבר כשיטת השו"ע הרב והמהר"ם שיף שאין חובת הכרזה מדין לפנים משורת הדין, ולכן לא היה לו הכרח בגמ' לחלק בין זוטו של ים לשאר יאוש, שהרי בההוא דיו לא היה ידוע מאיזה טבח נטל את הבשר וכשאיין ידוע מיהו בעל האבידה אין חובה להכריז ולברר מיהו ולהחזיר לו.

אכן עדיין יש להקשות בזה, דהרמ"א בדרכי משה (סק"ב) העתיק דברי המרדכי וז"ל: וכתב הא דלא כייפינן להחזיר למציל מזוטו של ים משום לעשות הטוב והישר מיירי דוקא בעני המציל ובעל אבידה הוא עשיר עכ"ל. ואם כן אפילו למאן דאמר דלא כייפינן על זה מכל מקום למידין דבמציל מזוטו של ים אית ביה משום עשיית הטוב והישר. ואם כן אפילו למאן דאמר דלא כייפינן על זה מכל מקום למידין דבמציל

וביאור קושייתו, דהנה המרדכי (רמז רנ"ז) הקשה על המבואר שם בגמ' שרב נחמן השיב לרבא שאם מצא מציאה בשוקא דגלדאי אין חייב להכריז גם אם בעל האבידה עומד וצוח, וכתב המרדכי: נראה לראבי"ה הא דלא כייפינן התם לעשות לפנים משורת הדין אפשר שהמוצא היה עני ובעל אבידה היה עשיר ע"ש. והוקשה להתרומת הכרי מהמשך הגמ' לגבי ההוא דיו, ששם לא שייך לתרץ שהיה המוצא עני, שהרי בר מריון היו עשירים, ויקשה כיצד יתרץ הרמ"א קושיא זו. והיא קושיא גדולה על שיטת הרמ"א ודעמיה. ולפינו יתבאר ישוב לקושיא זו.

יישוב קושיית התרומת הכרי

ג. ונראה בזה, שלפי שיטת השו"ע הרב והמהר"ם שיף שמחלקים בין דין הכרזה לבין דין החזרה, יש ליישב קושית התרומת הכרי מהגמ' לגבי ההוא דיו שנטל בשרא והטילו לבית בר מריון, שבההוא דיו לא היה ידוע לו מהיכן לקח הבשר, ואע"פ שמבואר בגמ' שם שהיה עומד ורואהו כדי שלא יהיה עליו איסור בשר שנתעלם מן העין, כבר נתבאר בתוס' (ד"ה אתא) שכתבו וז"ל: ומשני בעומד ורואהו שנטלה מעיר שרובה טבחי ישראל, ולרב מיירי בעומד ורואה שנטלה לפני טבחי ישראל עכ"ל. ומבואר בדבריהם שלא ראה בדיוק מהיכן נטל הדיו את הבשר, אלא ראה שהיה מעיר של ישראל, או שראה שהיה משוק של טבחי ישראל, אבל לא ראה

מזוטו של ים אית ביה משום עשיית הטוב והישר עכ"ל. ומבואר שהבין שכוונת המרדכי להקשות על המשך הגמ' בהוא דיו, וע"ז חילק המרדכי שבעל האבידה היה עני והמוצא היה עשיר, ומכאן הוא מקור דברי הרמ"א שגם בזוטו של ים יש דין לפנים משורת הדין. וקשה דהרי בגמ' מפורש שהיו בני מריון שהיו עשירים וכמו שהוכיח התרוה"כ מהגמ' בב"ב, והדרא הקושיא לדוכתא.

[וכן לפי המהלך שנתבאר לעיל לחלק שדוקא ברוב גוים אין חיוב להכריז מפני שמסתמא הוא שלו גוי, אבל בידוע שהוא של ישראל יש חיוב להכריז, נדחה התירוץ שכתבנו ליישב בהוא דיו שאין בו חובת הכרזה, שכיון ששם היה ידוע שנאבד משל ישראל, אינו דומה לאבידה שנמצאת במקום שרוב כנענים שלא חייבוהו להכריז].

והעירוני ליישב הקושיא באופן אחר, על פי מה שכתב הבכור שור (בב"מ שם בתוס' ד"ה אתא לקמיה), שהביא גירסת התוס' שם שהייתה השאלה בפני רב, ונדלא כהגירסא שלנו שבאו לפני אביי, וכתב הבכור שור וז"ל: ואף ע"ג דמשמע בב"ב דף ח' (ע"א) דבר מריון בימי אביי ורבא הוה דגרסינן התם רבא רמא צדקה איתמי דבי בר מריון, וי"ל דכל המשפחה מעולם נקראו כך. עי"ל דתרי הוו וכן מצינו נמי בימי רבינא דהוה בתר רבא טובא בר מריון בריה דרב בב"ב דף כ"ו (ע"א). עכ"ל. ולאור דבריו שהיו שני בר מריון, נחא הקושיא, שהבר מריון שהיה בזמנו של אביי היו עשירים, והבר מריון שהיה בזמנו של רב, לא היה עשיר. [אך כאמור, לפי הגירסא דידן שהיה בפני אביי, מוכרחים לחלק כמו שנתבאר לעיל]¹.

1 ולכאור' יש ליישב הקושיא בדרך נוספת, דהנה נחלקו הראשונים בדין לפנים משורת הדין, שיטת המרדכי שם שכופין אותו להשיב האבידה, אך שיטת הרא"ש (שם סימן ז') שאין כופין אותו להחזיר מדין לפנים משורת הדין. וכן הוא סתימת השו"ע והרמ"א בהלכות השבת אבידה שאין כופין אותו להחזיר, שהשו"ע כתב טוב וישר לעשות לפנים משורת הדין להחזיר לישראל שנתן בה סימן, והרמ"א לא הגיה על דבריו. והרמ"א בסי' י"ב (סעיף ב') כתב וז"ל: ואין בית דין יכולין לכופ' ליכנס לפנים משורת הדין, אף על פי שנראה להם שהוא מן הראוי (ב"י בשם ר"י ובשם הרא"ש). ויש חולקים (מרדכי פ' ב' דמציעא) עכ"ל. ומבואר שהשיטה העיקרית היא שאין כופין [וכן נקטו הפוסקים בכללי השו"ע, שאם דעה ראשונה מובאת בסתם והשני ביש חולקין, הלכה כשיטה ראשונה].

ומעתה יש לומר, דהמרדכי שסבר שכופין אותו בלפנים משורת הדין, הוקשה לו על הגמ' שם בהמשך מדוע ר"נ לא אמר שחייב להשיב האבידה מדין לפנים משורת הדין, שהרי כופין אותו והוא חיוב גמור, ולפיכך חילק המרדכי שבעשיר ועני אין חיוב זה. ולשיטתו אכן קשה מההוא דיו מדוע לא חייבו לשלם מדין לפנים משורת הדין, ומוכרחים לתרץ כחילוק התרומת הכרי. אמנם לפי שיטת הרא"ש ודעמיה שאין כופין בלפנים משורת הדין לא קשה עיקר קושיית המרדכי, דבההוא דיו לא היו צריך לומר שיש חיוב לפנים משורת הדין שהרי אין כופין עליו, ולכן אמר לו עיקר הדין שאינו חייב בהשבה, ואה"נ שיש ענין של לפנים משורת הדין אבל כיון שאין כופין עליו לא אמר לו כן. אך הקושי בתירוץ זה שמנין למד

הרמ"א מקור לדבריו מדברי המרדכי, שהרי המרדכי לשיטתו לא יוכל ליישב כן הגמ' בההוא דיו. ועל כן מחוורתא כמבואר לעיל.

ובאמת שיש להעיר על הרמ"א שהעתיק דברי המרדכי גם לדידן, שהרי יתכן שעיקר קושית המרדכי הוא לשיטתו שכופין אותו, ולכן הוכרח לחלק כדי ליישב דברי הגמ' דבאופן שאחד עשיר ואחד עני אין כופין אותו, אבל מנלן שגם לדידן אין ענין של לפנים משורת הדין. וראיתי בערך לחם למהריק"ש (על הרמ"א שם) שעמד בזה שבמרדכי כתב רק שאין כופין אותו, ומשמעות דבריו שבא לחלוק על הרמ"א שהביא כן להלכה גם לדידן. וראיתי בהלכה למשה (גזילה ואבידה פי"א ה"ז) שעמד בזה, וכתב ליישב ז"ל: אלא דמ"ש ז"ל בשם המרדכי דהמוצא עני ובעל אבידה עשיר אי"צ לעשות לפנים משורת הדין וכ"כ בפרישה, יש לעמוד דלא כתב המרדכי ז"ל אלא דבכה"ג לא כייפינן ליה כמ"ש לעיל, וכ"כ מהריקא"ש ז"ל בשמו. וי"ל דס"ל ז"ל כיון דלמאן דאמר כופין בכה"ג לא כייפינן, מינה דלמאן דאמר אין כופין בכה"ג אין צריך לעשות לפנים משורת הדין ועלה קאי בספר המפה והלבוש עכ"ל.

ראה"כ הרה"ג ר' יעקב בריזל שליט"א

בעניין תרנגולות שמרדה ובגדר זוטו של ים

מקור דין תרנגולות שמרדה

א. כתב הרמ"א (סי' רנ"ט ס"ז): אווזין ותרנגולין שברחו מבעליהן הוי הפקר וכל המחזיק בהן זכה בהן, ודווקא שאי אפשר לבעליהן להחזירן.

משמע דנפיק, דהוי"ל כשיירא שעמד עליה גייס וטרפה, דכל היכי דאין הבעלים יכולים להציל יכול לומר מהפקירא קא זכינא, הכא נמי כיון שמרדו ואי אפשר לבעלים להחזירן יצאו מרשותן וכל הקודם זכה בהם.

מקורו בגמ' (חולין קלט.) דאמרי' שם שלפי רב המקדיש תרנגולתו לבדק הבית, כיון דלאו קדושת מזבח הוא ודמים בעלמא, כיון דמרדה פקעה קדושתיהו, ולפי שמואל לא פקעה קדושתיהו דכל היכי דאיתיה בבי גזא דרחמנא איתא דכתיב לד' הארץ ומלאה. וכתבו התוס' (ד"ה כיון) שמעינן מהכא דאווזים ותרנגולים של חולין שמרדו בבעליהם והלכו להן הוו הפקר והמחזיק בהן זכה, דהא הכא היינו טעמא כיון דמרדו הוו הפקר.

ועי' גם ברמב"ן ורשב"א ובריטב"א שהקשו; 'וא"ת וקדושה שבהן להיכן הלכה, י"ל דהקדש דמים אינו כקנין הגוף אלא כשעבוד ממון, וכיון שנתיאש הגזבר מחמת שמרדו, הוה ליה כהפקר, ופקע ליה שיעבוד ממון שיש לגבוה עליו, דאי נמי בקניין הגוף דעלמא כי הא גוונא הפסידו הבעלים, וכדאמרי' לעניין שיירה שעמד עליה גייס (ב"ק קטז:) דכל היכא דאין הבעלים יכולין ליטול יכיל למימרא מהפקירא קא זכינא, דאלמא הפקר הוא ויצא מרשות בעלים'. ע"כ.

וכן כתב הנמו"י בתוספת ביאור וז"ל: וכתבו התוספות דמהא שמעינן דאווזין ותרנגולין של חולין שמרדו בבעליהן והלכו להן הוו הפקר והחזיק בהן זכה, דהא הכא אי לאו טעמא דכל היכי דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה הוו פקעי מקדושתיהו, ואע"ג דלא קי"ל כרב היינו דווקא לגבי הקדש משום דכל היכי דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה, אבל מרשות בעלים מיהא

מהלך האחרונים שהוא מדין יאוש וביאור מחלוקת רב ושמואל

ב. הנה בפשוטו נראה דמטעם יאוש קא אתינן עלה, שכיון שמרדה נתייאשו הבעלים, וכן הוא לשון הראשונים הנ"ל שכתבו 'וכיון שנתיאש הגזבר מחמת שמרדו הוה ליה כהפקר', וכן למד הגאון רבי יצחק אלחנן בשו"ת באר יצחק (יו"ד סי' כ"ג),

סבר שאינו מועיל דסוכ"ס מונח ברשות בעלים.

תמיהה על מהלך זה

ג. אמנם מהלך זה דחוק, שעצם הדבר דוחק לתלות מח' רב ושמואל במח' הנתה"מ והקצוה"ח, ועוד שהרי קי"ל כשמואל וא"כ קשה על הנתה"מ. ועוד קשה שגם להקצוה"ח מועיל יאוש ברשות כשאינו משתמר [כמו שהוכיח מבתי כנסיות ועו"מ], ואדרבה הוכיח שם שלעולם מועיל יאוש ברשות אלא שאם משתמר הרי זה חוזר וזוכה בחצר.

וכן קשה מסוגיין על הנתה"מ שהעלה שע"י יאוש אינו יוצא מרשות בעלים עד דאית לרשות זוכה, דמסוגיין מכוח שיצא מיד כמו שנתבאר.

עוד צ"ע דהנה מדברי הראשונים נראה דיצא מקדושתם ע"י יאוש של הגזבר, וכמש"כ 'וכיון שנתייבש הגזבר מחמת שמרדו הוה ליה כהפקר'. וצ"ע דבפשוטו נראה שיאוש של שומר אינו מועיל, וכן מבואר בשיטמ"ק (כו: ד"ה וז"ל תוספות שאנן) בשם ר"ת, וכן העלו הפוסקים [נחלת צבי לבעל הפת"ת (ס"י רנ"ט), ובשו"ת מגן שאול (ס"י קסב) הביא תשובת רבי יצחק אלחנן שפסק כן, וכן מוכח מהקצוה"ח (ס"י ס"ו סק"א). ועי' באולם המשפט (ס"י רס"ב סק"ד) שהביא דברי ר"ת ונשאר בצ"ע

שאינ זה אלא אבידה ולא כזוטו של ים, והוכיח מסוגיין שע"י היאוש יצא מרשות בעלים לגמרי, ודלא כשיטת הנתה"מ (ס"י רס"ב סק"ג) דס"ל שגם לאחר יאוש הוא עדיין ברשות בעלים עד דאית לרשות זוכה, שהרי בסוגיין מבואר שלאחר שמרדה פקעה קדשותה לגמרי והוי כחולין גם לפני שזכה בה אחר.

אמנם לפי"ז צ"ע מאי טעמא דשמואל שסובר שאינו הפקר דכל היכי דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה, דמה בכך הרי סוכ"ס הגזבר מתייבש. וראיתי באפיקי ים (ח"ב ס"ח) שעמד בזה, וכתב דטעמא דשמואל משום דהוי יאוש ברשות בעלים ואינו מועיל כמבואר בראשונים (ב"מ כה: בסוגיא דמצא בגל ובעוד מקומות). ולכן כיון דכל היכי דאיתיה ברשותא דמרא איתיה, לכן אין היאוש מועיל. אכן לפי זה צ"ע על שיטת רב שסובר דאיכא יאוש בעלים, דלא מסתבר שנחלקו רב ושמואל בדיון זה אם יאוש ברשות בעלים מועיל. וכתב שנחלקו במח' הקצוה"ח והנתה"מ (ריש ס"י רנ"ט), שלפי הקצוה"ח כל שמונח ברשות בעלים אפילו כשאינו משתמר אין היאוש מועיל, והנתה"מ סובר שרק כשהוא משתמר לבעלים אז אינו מועיל, אבל באופן שאינו משתמר אע"ג שמונח ברשות בעלים מועיל היאוש. וכן בניד"ד שבאמת מונח ברשות גבוה כל היכי דאיתיה אלא שאינו משתמר, ולכן סבר רב שהיאוש מועיל וכשיטת הנתה"מ, ושמואל

והדבר אברהם (ח"ב סי' יט) שיש לומר שמדין זוטו של ים הוא, והנה לפי"ז ליכא ראייה מכאן שע"י יאוש יצא מרשות בעלים מיד, דזוטו של ים שאני שיוצא מרשות בעלים מיד כמש"כ הנתה"מ (סי' רס"ב סק"ג בתו"ד). וגם אין ראייה שייאוש של גזבר מהני, דזוטו של ים אינו צריך לייאוש בעלים אלא רחמנא שרייה [ואפי' אי נימא דמדין יאוש קאתינן מ"מ כיון שאי"צ ידיעת בעלים, כמבואר בגמ' ושו"ע דזוטו של ים רחמנא שרייה גם שלא מדעת בעלים, א"כ הכא מהני דאיכא יאוש בעלים גם כשאניס יודעים שנאבד].

קושיא על מהלך זה

ה. אמנם צ"ע, א"כ למה כתבו הראשונים שהטעם הוא משום שהגזבר נתייאש, והלא זוטו של ים אינו תלוי ביאוש בעלים. [ועי' באפיקי ים שכתב שצ"ל דמש"כ הראשונים דאיכא יאוש גזבר לאו דווקא הוא, וזה דוחק] ועוד צ"ע מה הסברא בזה שיהיה כזוטו של ים, והרי אינה אבודה ממנו ומכל אדם שהרי אפשר לחזור ולתפסם.

לדינא, וע"ע בשו"ת מהרי"ל דיסקין (פסקים קפ"ט), ועי' באפיקי ים (שם) שעמד בזה וכתב שמזה נשמע שיאוש של גזבר מועיל, דגזבר עדיף משומר כדחזינן בכמה דוכתא.

מהלך האחרונים שהוא מדין זוטו של ים

ד. אכן הנה הראשונים כתבו שדין זה דומה לדין שיירא שעמד עליה גייס לטרפה שכל הקודם זכה, ויש לברר בדין דהתם מאי טעמא. והנה עי' בסמ"ע (סי' קפ"א סק"א) שכתב דמדין יאוש קאתי, אמנם עי' בנתה"מ (שם סק"א) שהקשה על הסמ"ע שא"כ האיך יכולים אחרים לזכות, והלא שינוי רשות בע"כ של הגנב לא מהני כמבואר בשו"ע (סי' שס"א). והעלה דמדין זוטו של ים הוא, דכיון שאי אפשר להציל כהפקר גמור הוא¹.

ולפי"ז י"ל שהוא הטעם בדין תרנגולת, דהוי הפקר מדין זוטו של ים. וכן נראה מלשון התוס' והנמו"י שכתבו דמכאן שמעינן דהוי הפקר, ואי משום יאוש הוא למה הוצרכו לראיה, אלא נראה שהוציאו מכאן דין חדש שבאופן זה הוי הפקר כזוטו ש"י וכדלהלן. וכן כתבו האפיקי ים (שם)

1 והנה לפי"ז יש ליישב מה שתמה החזו"א (ב"ק סי' י"ח סק"ג) על מה שהעלה הנתה"מ שע"י היאוש אינו יוצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה, ממה שאמרו בגמ' (ב"ק קטו): בשיריה שעמד עליה ליסטים שא"א לעשרן, ואי נימא שעדיין לא יצא מרשות בעלים אמאי א"א לעשר. ואין לומר דהוי זוטו של ים, כיון דאיכא גולן המתחייב והרי זה מצויה אצל אדם. אלא מטעם יאוש אתינן עלה, ע"ש. אכן למבואר בנתה"מ כאן אתי שפיר שמדין זוטו של ים הוא, [ומה שתמה החזו"א כיון שאיכא גולן המתחייב צ"ל שגם חוב זה בכלל זוטו של ים הוא כיון שאין סיכוי להוציאו מידו, ומה שמצוי אצל ליסטים זה אין זה מוציאו מכלל זוטו של ים כיון שא"א להצילו].

אמנם יש לציין שהנתה"מ עצמו (בסי' שס"א סק"ב) עמד בקושיא שהקשה כאן, האיך אפשר לאחרים לזכות דהלא אין מועיל שינוי רשות בע"כ ויישב באופן אחר יעו"ש.

ביאור הדבר עפ"י דברי הרשב"א בסוגיא דחלתא

ו. ונראה דפיתרא דהאי מילתא אפשר לראות בדברי הרשב"א (כא:) שכתב וז"ל: "זוטו של ים מסתברא דהפקר גמור הוא, ואפי' מרדף אחריהם, ואפי' אמר בפירוש לא מייאשנא אפ"ה שריא, דרחמנא אפקריה וכו'. והא נמי דאמרי' לקמן (כו:) אמר רבא האי מאן דחזייה לחבריה דנפל מיניה זוזא ביה חלתא ואשכחיה ושקליה לא מחייב לאהדורי, ואע"ג דאייתי ארבלא וקא מארבל הכי קאמר, כי היכי דנפל מינאי נפיל נמי מאיניש אחרינא ומשכחנא, דאלמא אילו אמר בהדיא על ידי מהדרנא ולא אייאש מיניה חייב לאהדורי, ואע"ג דחלתא זוטו של ים היא. לא היא, דחלתא נמי ודאי סתמיה כזוטו של ים ומש"ה לא מחייב לאהדורי, אבל לאו כזוטו של ים הוא לגמרי, משום דהא אפשר לארבולי וזמנין משכח לה, והילכך כל היכא דלא אייאש לא הוי כזוטו ש"י ומחייב לאהדורי, אבל זוטו ש"י אבודה היא לגמרי ומשעת נפילתו הויא הפקר גמור" ע"כ.

מבואר בדבריו שיש ג' דרגות בדבר, א' - כל אבידה, שאם נתיאשו הבעלים מותר לזכות בו, ואם לא נתיאשו, כגון שאינם יודעים או כגון שעומד וצווח שאינו מתיאש, אע"ג שנאבד מהם א"א לזכות בו. ב'. זוטו של ים - שגם אם לא נתיאשו רחמנא שרייה ג'. דבר אבוד כזוטו של ים, אבל אינו כזוטו של ים לגמרי, וכאופן

המבואר בגמ' במי שנאבד לו דבר בין החול - שבזה תלוי אם צווח שאינו מתיאש אינו כזוטו של ים, אבל אם מתיאש הרי זה כזוטו של ים.

והדברים צ"ב מש"כ שאינו כזוטו של ים לגמרי, דממ"נ אם אפשר לחפש ולמצוא אינו כזוטו ש"י כלל, ואם א"א לחפשו הרי כזוטו ש"י לגמרי, ועוד צ"ע מש"כ דההיא דחלתא הוי כזוטו ש"י, וכן מבואר בחידושי הריטב"א (כו:) שדינו כזוטו ש"י, וצ"ע שהרי אפשר לחפש ולמצוא.

גדר דין 'זוטו של ים'

ז. אכן נראה מדבריהם שגדר 'זוטו של ים' אינו תלוי אם אפשר למצוא בדרך הטבע או רק בדרך נס, אלא תלוי אם אבודה רק ממנו או גם מכל אדם, דהיינו, שבכל אבידה אבודה רק ממנו אבל אצל אלו שקרובים למקום שנאבד אינה אבודה כלל, אבל אותן אבידות שיד כולם שווה בה, שמכולם אבודה באותה מידה שאבודה ממנו, זה נחשב כזוטו של ים, וכלשון הגמ': 'מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם'. ולכן בזה שנאבד לו בין החול, אע"פ שאפשר לטרוח ולחפש, מ"מ כיון שאבודה מכל אדם כמו שאבודה ממנו גם זה בכלל זוטו של ים.

וכיוצא בו מצאנו בדברי הרמב"ם (פט"ז מגזילה ה"ז) שכתב שמטמון הנמצא בגל ובכותל ישן נחשב כזוטו של ים, ואע"פ

ז"ל; הא דמורי ובא הרשב"א ז"ל בהיתר זוטו של ים, יש מה שהייתי אני דן בו להחמיר ומטעמיה, ואפשר שלזה נתכוון, והיינו כשהיה האבידה בהיות בעליה בספינה והיא יושבת, ודרך הספנים שנכנסין ויצאין ממנה ע"י דוגיות קטנות, שאם הדבר שנפל ממנה צף על פני המים וכו'. ואפשר שאף אם מה שנפל הוא דבר שנשקע בקרקע הים, כיון שהספינה בנמל ודרך בני אדם להשתדל ולהוציאה משם ע"י תחבולות, שאינו מותר לזולת בעליו כו' ע"ש.

משמע מדבריו שאם אין הדרך לטרוח הרי זה מותר כדין זוטו של ים, ונראה כוונתו ע"ד שנתבאר, שאבידה כזו שנפל לים תלוי. שאם הדרך לטרוח אינו בכלל זוטו של ים, אבל אם אין הדרך לטרוח חזר דינו כזוטו של ים ומותר לכל. וזה כוונתו שבנה דבריו ע"ד הרשב"א האמורים.

אלא שבאופן שא"א להציל רק בדרך נס ומקרה אז הוא בגדר 'זוטו של ים לגמרי' וכלשונו של הרשב"א הנ"ל, שהדין הוא שאינו תלוי בטירחא, ואפי' כשהוא טורח להציל הרי זה אבודה ממנו ומכל אדם ומותרת.

הביאור לפי זה בתרנגולת שמרדה

ה. ומעתה אפשר לומר שזהו גם הגדר בתרנגולת שמרדה, שאע"ג שאפשר לתפוס אותם, מ"מ כיון שקשה לתפוס ויד כולם שווה בו, הרי זה כזוטו של ים שאבודה

שארין צריך לנס לחפש ולמצוא. ונראה שהביאור הוא כמשנ"ת, שמאחר שאבודה מכל אדם כמו שאבודה ממנו הרי זה כזוטו של ים.

וסמך לכך מצאנו בשיטמ"ק (כב:) בשם הראב"ד, שכתב לגבי 'תמרי דזיקי' שהרוח משיר התמרים מן אילן ושקצים אוכלים אותן, וז"ל: ויש מפרשים 'הואיל ושקצים ורמשים אוכלים אותן חשבינן ליה כזוטו של ים, מפני שאין כוונת אדם נופלת עליהם'. מבואר בדבריו שאע"פ שהרי אפשר להצילם, מ"מ מאחר שאין אדם שם על לב הרי זוטו של ים, והיינו כמו שנתבאר שכל דבר שהוא אבוד אע"פ שאפשר להציל מ"מ מאחר שאבוד מכל אדם כמו שאבוד ממנו הרי בכלל זוטו של ים.

ובזה כתב הרשב"א שזוטו ש"י כזה תלוי, אם הוא טורח ומחפש אין דינו כזוטו ש"י שהרי הא קמן שהוא טורח למצוא, אבל אם אינו טורח חזר דינו כזוטו ש"י. וזה מש"כ הרשב"א: 'אבל לאו כזוטו של ים הוא לגמרי, משום דהא אפשר לארבולי וזמנין משכח לה, והילכך כל היכא דלא אייאש לא הוי כזוטו ש"י ומחייב לאהדורי'. דמש"כ שאם אינו מתייאש לא הוי כזוטו ש"י ר"ל שאם ראינו שמחפש אינו כזוטו של ים שהרי אפשר לארבולי, וזמנין משכח לה כמש"כ הרשב"א.

ועי' גם בשיטמ"ק שהביא דברי הרשב"א, ואח"כ כתב: וזה לשון הר"ש די וידש

תרגומות שמרדה שלא מדעת בעלים

י. ולפי זה נמצא לדינא שתרנגולת שמרדה מבעליה הוי הפקר גם אם הבעלים לא ידעו מזה כלל, כי אין זה משום 'מעשה הפקר' וגם לא משום 'יאוש בעלים', אלא משום 'זוטו של ים' שמועיל גם שלא מדעת בעלים. ואע"ג שהראשונים כתבו הטעם 'הואיל שנתייאש הגזבר' אין כוונתם לדין יאוש אלא שבאופן שטורח להציל הרי זה מוציאו מכלל זוטו של ים, אבל כשאינו טורח להציל הרי זה בכלל זוטו של ים כמו שנתבאר. וא"כ גם אם אינם יודעים, כל שלמעשה אינם מצילים הוי בכלל זוטו של ים ומהני שלא מדעתם.

שו"ר בחזו"א (ב"ק סי' י"ח סק"א בתו"ד) שכתב וז"ל: 'וכעין הפקר דשטפה נהר (ב"מ כב.) ותרנגולין שמרדו (חולין קלט.), אלא דהתם אפי' לא ידעו הבעלים' ע"ש. מבואר בדבריו דתרנגולת שמרדה מהני מטעם זוטו של ים ואפי' כשלא ידעו, ולכאור' צ"ע מלשון הראשונים שכתבו הטעם הואיל ונתייאש הגזבר, ולמבואר אתי שפיר.

בדין 'שור הנסקל'

יא. ועפ"י אפשר ליישב דבר נוסף, דהנה עי' בנתה"מ (סי' רס"ב סק"ג) שהעלה שע"י יאוש אינו יוצא מרשות בעלים אלא שיש היתר זכייה. וכתב שאמנם בדבר שאבוד מכל אדם כגון שור הנסקל, הרי זה יוצא מרשות בעלים מיד [כוונתו ליישב שבגמ']

ממנו ומכל אדם. אמנם בזה תלוי אם הגזבר נתייאש מלתפוס הרי זה כזוטו של ים והוי הפקר, אבל אם הגזבר לא נתייאש לתפוס אין זה כזוטו של ים אלא כשאר אבידה, ובוה מועיל גם יאוש של גזבר. שאין ההיתר משום יאוש, אלא שאם נתייאש לחזור אחריהם חזר דינו כזוטו של ים ושרייה גם שלא מדעת בעלים כלל, אלא שאם הגזבר מחפש עדיין אחריהם אז אינו כזוטו של ים. וזהו כוונת הראשונים שכתבו דכיון דנתייאש הגזבר הוי הפקר.

ביאור מחלוקת רב ושמואל לפי מהלך זה

ט. ובוה מובן דעת שמואל שחולק וסובר שלא נפיק מרשות הקדש, דכל היכי דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה. דכיון שמדין אבודה ממנו ומכל אדם קאתינן ולא מדין יאוש, בזה ס"ל לשמואל דכיון דבי גזא דרחמנא הוא אינה אבודה ממנו ואין דינו כזוטו של ים.

ונמצא שאדרבה מסוגיין נשמע שאין יאוש של גזבר מועיל, דאי נימא שמועיל - מה טעם שמואל שאינו יוצא מרשות הקדש משום דכל היכא דאיתיה וכו' והלא הגזבר מתייאש, [ומש"כ לעיל דהוי יאוש ברשות הוא דחוק מאד כמשנ"ת]. אלא ע"כ דלאו מדין יאוש הוא, שאע"פ שהגזבר מתייאש מ"מ אינו מועיל, אלא מטעם זוטו של ים הוא שאין צריך ליאוש בעלים בפועל. ובוה נחלקו רב ושמואל אם נחשב כאבודה ממנו בדרגה זו או לא.

(כריתות כד.) מבואר שעדים שהעידו על שור שנרבע וחייב סקילה, אזי אפי' לאחר שהוזמו כל הקודם זכה, ומבואר שאפי' לאחר שכלתה היאוש עדיין איכא היתר זכייה, והנתה"מ כתב שלפי שיטתו שעדיין לא יצא מרשות בעלים א"כ באופן שכלתה הייאוש הרי זה של בעלים גם אם לא עשו מעשה קניין מחדש, וע"ז תירץ דשאני התם דהוי זוטו של ים].

אמנם עי' בתרומת הכרי (סי' רס"ב ד"ה וסבור הייתי) שכתב שאין לומר דמטעם זוטו של ים הוא, שהרי מבואר בגמ' שם שאם העידו שבעל השור עצמו רבע את שורו לא נעשה הפקר, כי מאחר שהוא יודע

האמת שלא רבע שורו הרי הוא טורח להביא עדים אחרים להזימם. ואי ס"ד דכזוטו של ים הוא כי אינו מפקיר ליה מה הוי, הרי בזוטו ש"י אפי' אם הבעלים עומדים וצווחים שלא מתייאשין מהם לא מהני והתורה התירתו, ומזה העלה שאי אפשר לחזור מהיאוש ע"ש.

אכן לפי מה שנתבאר אתי שפיר, דגדר הדברים הוא כמו שכתב הרשב"א לגבי חלתא, שאם בעל השור יטרח ויחפש עדים להזימם אינו בכלל זוטו של ים ואינו הפקר, אבל אם אינו טורח בכך הרי זה בכלל זוטו של ים, ולכן אמרו שאם העידו שהוא עצמו רבע שורו הרי הוא טורח בכך ואינו הפקר.

ראה"כ הרה"ג ר' יעקב בריזל שליט"א

בדין יאוש בטעות

יש לדון במי שנתניאש מחפציו משום שחשב [בטעות] שאין לו דרך לקבלו, ואם היה יודע שיש לו סיכויים שיוחזר אליו - כפי שהמצב היה באמת - לא היה מתניאש, האם הועיל יאושו או לא.



עניין יאוש דבר שאינו מקפיד, ומשום הכי לא מהני בקטנים וכו'.

מהלך הגרשש"ק בגדר יאוש ובדין יאוש
בטעות

'ומשום' הכי שייך בזה עניין טעות כמו ששייך טעות בדבר שאינו מקפיד, דהיינו אם אינו מקפיד מחמת שחושב את החפץ לדבר שאינו מועיל, ובאמת יש בו תשמישים מועילים דוודאי אסור לזכות בו, ומשום הכי סובר ר"ל ששור הנסקל שהוזמו עדיו הוי יאוש בטעות, שמחמת שחושב שהשור יצא לסקילה לכן מתניאש, והתרצות כזו שהוא מחמת חסרון ידיעה אינו התרצות כלל. ומה דפליג רבי יוחנן וסובר שכל הקודם זכה, וקי"ל כר"י, היינו משום שסובר שאין זה טעות, דבאמת אף אם יודע שהוא שקר מ"מ לא בקל אפשר למצוא עדים להזימם ואין זה דעת שוטים' וכו'. עכ"ד וע"ש שהאריך בזה.

בחדושי רבי שמעון שקופ (ב"מ סי' כ"ג) האריך להגדיר עניין יאוש, וז"ל: נלענ"ד בעניין יאוש שאין לומר שעניין יאוש הוא גזירת הכתוב, שכשחושב בעל האבידה שנכסיו אבודים אז בטל קניינו, דלפי"ז פועל המחשבה ובכה"ג לכו"ע צריך שיהיה בפועל ולא מהני אומדנא [ור"ל שקשה על רבא שסובר יאוש שלא מדעת הוי יאוש], ועוד לפי"ז אמאי לא מהני יאוש בקטנים, דכל היכא דלא בעינן התרצות רק מחשבה מהני גם בקטן וגדול עומד ע"ג. ועוד קשה לי דבירושלמי (ב"ק פ"ח) נחלקו רבי יוחנן ור"ל בשור הנסקל שהוזמו עדיו, דלרבי יוחנן כל הקודם זכה בהם, ור"ל סבר דהוי יאוש בטעות, ואי נימא דהוי מחשבה גרידא לא שייך בזה עניין טעות ותנאי, כמו דלא שייך על פעולות הידיים. מכל הלין נראה שעניין יאוש הוא התרצות, והוא כיון שהחפץ רחוק ממנו הוא מתרצה שיזכה בו אדם אחר, והוי

ועי' בשיעורי רבי שמואל (פרק אלו מציאות ס"ג) שהביא ג"כ הא דר"ל שסובר דיאוש בטעות לא הוי יאוש, וכתב שי"ל

שגם רבי יוחנן סובר כך, אלא שסובר דזה לא הוי יאוש כיון שמתייאש מחמת סוֹבֵר שלא ימצא עדים, ונראה מדבריו שהעלה כן לדינא.

דברי הפוסקים הסוברים דיאוש בטעות הוי יאוש

אמנם עי' בקצוה"ח (סי' קמ"ב) שהביא מהגהות אשר"י שכתב להדיא דיאוש בטעות הוי יאוש, והסביר בזה מה שאמרו בגמ' (ב"מ 10:) שאם מכר פירות דקל לחבירו באופן שלא חל המכר ואח"כ אכל הקונה את הפירות פטור לשלם דמחילה בטעות הוי מחילה. ולכאור' קשה שהרי הקנין בטל ונמצא שאכל משל חבירו, ולמה אינו חייב לשלם, וכתב ההגהות אשר"י שההסבר הוא שכל שהוציא הממון מרשותו אע"ג שלא גמר בליבו ולא חל הקניין, מ"מ איכא יאוש בעלים, והלה זוכה בה כאבידה לאחר יאוש.

ועי' בקצוה"ח (סי' קמ"ב) שהסביר דבריו וז"ל: 'וביאור דבריו, משום דיאוש אפילו בטעות הוי יאוש, דיאוש דאבידה נמי בטעות הוא, דאילו הוי ידע היכן האבידה לא היה מתייאש'.

איברא שהוכחת הקצוה"ח מכל אבידה צ"ע, שכל אבידה אינו טעות, שהרי למעשה כיום שאינו יודע היכן מצוי החפץ הוי אבידה גמורה ואיכא יאוש מדעת שלימה, מה שאין כן בנידו"ד שבאמת אינו אבוד אלא שיש לו העלם דבר וסובר שהוא אבוד ולמעשה אינו אבוד. מיהא הא מבואר בדבריו שסובר דיאוש בטעות הוי יאוש.

וגם בנתה"מ שם נקט כדברי הגהות אשר"י לדינא [וע"ש שהשיג על הקצוה"ח שמבואר מדבריו שהתוס' אינם סוברים כן, והעלה הנתה"מ שגם תוס' סוברים כהגהות אשר"י ומ"מ הקשו יעו"ש].

ועי' גם בשער משפט (סי' כ' סק"א) שנקט כדברי הגהות אשר"י דהטעם דמהני מחילה בטעות הוא משום דאיכא יאוש בעלים ומהני גם בטעות¹, וע"ע שם (סי' כ"ה סק"ב) שדן עפ"י"ז בכל דיין שטעה בדבר משנה שהדין נותן שאם כבר שילם אין המקבל צריך להחזיר משום יאוש בעלים.

ומה שהביא מהירושלמי שדעת ר"ל שיאוש בטעות לא הוי יאוש, עי' בשו"ת באר יצחק (יו"ד סי' כ"ג) שכתב שבאמת בזה נחלקו רבי יוחנן ור"ל, ולדעת ר"י יאוש בטעות הוי

1 וע"ש שעמד בדברי התוס' (ב"מ 10:) שנתנו טעם אחר למה מחילה בטעות הוי מחילה, משום דניחא ליה דליקום בהימנותיה ע"ש, מבואר בדבריהם דלא מצי לזכות מטעם יאוש. וצ"ב למה. ובחידושי הגרש"ק (שם) הביא דברי השע"מ, וכתב שלכן סירבו התוס' לפרש כך משום שסוברים דיאוש בטעות לא הוי יאוש. אמנם באמת יתכן שגם התוס' סוברים דיאוש בטעות הוי יאוש, אלא שסוברים דבמחילה בטעות ליכא יאוש בעלים כלל, שהרי מה שנותנים לו לאכול הוא רק משום שסוברים שהקנין חל, וכל שעתא דעתם רק על הקנין, ואם יתברר שהקנין אינו חל הרי הם רוצים לתבוע את הלוקח האוכל הפירות בדינא ודיינא ואין כאן יאוש.

הגרש"ר (שם) בסוף דבריו וז"ל: ובעיקר דין יאוש בטעות צ"ע מכמה סוגיות דלא אמרינן הך סברא דיאוש בטעות, וצ"ע בזה.

א - בגמ' (כו.) רב נחמן אמר אפילו תימא לשלשה ישראל, מאי טעמא, ההוא דנפל מיניה וודאי נתייאש, מימר אמר מכדי איניש אחרינא לא הוי בהדי אלא הני, אמרי קמייהו כמה זימני ולא הדרו לי והשתא ליהדרו, אי דעתייהו לאהדרה אהדרו לי, והאי דלא אהדרה לי בדעתייהו למיגזלה. מבואר בזה שהלה נתייאש מחמת שסובר שאלו שנמצאים אתו מצאוהו והאמת היא שאחר מצאה, ואילו היה יודע שאחר מצאה לא היה מתייאש, שהרי יש לה סימנים, אעפ"כ הוי יאוש.

ב - בתוס' (כז. ד"ה בלוקח) כתבו בתגר שלוקח פירות מבעל הבית ומצא בתוכו אבידה שאינו חייב להחזיר, דבעל הבית מתייאש משום שסובר שכבר מכר התגר ואין הקונה יודע למי יחזיר, ונפסק בשו"ע (סי' רס"ב סי"ז) דהוא הדין אם התגר עצמו מצא, אם שהו בידו כדי שיוכל לערבם עם פירותיו יכול ליטלם לעצמו. מבואר שאע"פ שנתייאש הבעלים מחמת שסובר שכבר מכרם התגר, ואילו היה יודע שלא מכרם או לא עירבם עם פירותיו לא היה מתייאש, אעפ"כ הוי יאוש.

ג - בתוס' (כד. ד"ה כי) כתבו דטעם דרשב"א שסובר שאם מצא אבידה במקום דשכיחי רוב עכו"ם הרי אלו שלו הוא משום דבעל האבידה מתייאש, משום שסובר דגוי מצאה. מבואר שאע"פ שהאמת הוא שישראל מצאה

יאוש ולכן סובר שאע"פ שהוזמו עדיו כל הקודם זוכה, והכי נקטינן.

ובפרי יצחק (ח"ב סי' ס"ד) כתב שהדין ודאי כן שיאוש בטעות הוי יאוש, ואף ר"ל מודה בכך שאם זכה בה לפני שהוזמו מהני, אלא שנחלקו האם יכול לזכות לאחר שהוזמו; שלדעת ר"י יכול לזכות גם לאחר שהוזמו, ולדעת ר"ל אינו יכול לזכות לאחר מכן שמעתה אין כאן יאוש, וזה כוונתו דהוי טעות, ור"ל דמשו"ה כל שהוזמו כלתה היאוש ואי אפשר לזכות בחפץ.

אמנם עי' בשערי יושר (ש"ה פ"ב) שכתב שגם ההגהות אשר"י סובר דיאוש בטעות לא הוי יאוש, אלא שבא להסביר מה שאמרו בגמ' שאם מכר פירות דקל לחבירו ולא חל הקניין דהוי דבר שלא בא לעולם, וכשבאו לעולם שמיט ואכיל דפטור משום דמחילה בטעות הוי מחילה, דהיינו טעמא שבכל הסכמה להקנות איכא גם התרצות שישתמש בה גם אם לא נעשה שלו בפועל, והתרצות זו מוגדרת כ"יאוש" שהרי גדר היאוש הוא גם התרצות כמו שנתבאר, וזה כוונת ההגהות אשר"י דגם אם נעשה בטעות הוי יאוש כיון שבאמת הבעלים מתרצים שישתמש בה, משא"כ בכל אבידה שנתיאשו בטעות אין זה יאוש, דעל דעת כן אינם מתרצים שיזכה בה הלה.

הוכחה מדברי הגמ' והתוס'

ובאמת שנראה להוכיח מכמה סוגיות הגמ' דיאוש בטעות הוי יאוש, וכן כתב

דעתיה למינקטיה בדינא'. ולפי"ז יש לומר שגם יאוש בטעות הוא יאוש, שכל שהשלים עם המציאות שהוא אבוד הוא יאוש.

ועל פי זה נראה שיש ליישב דברי הירושלמי באופן נוסף, דכל היכא שהיה אבוד מהבעלים אלא שהיה להם דרך איך לקבלו חזרה, כגון ע"י סימנים וכד', בזה אמרינן דהוי יאוש, דבאמת הרי החפץ אבוד אלא שכשהבעלים יודעים ומשתדלים בהצלתה יכולים להחזירה, אבל כל שאינם יודעים ואינם משתדלים בהצלתה הרי זה אבוד מעיקרא, שהרי אין טעות בעצם המציאות - שהרי החפץ באמת אבוד הוא, אלא שאפשר להשיגה, וכל שאין הבעלים יודעים מכך הוי כדבר שאי אפשר להציל. מה שאין כן בדבר שאינו אבוד בעצם, כגון שור הנסקל שהוא ברשות בעליו אלא שהעידו עליו עדים ועומד ליהרג, בזה יש לומר שכל שנתברר שהעדים שקרנים נמצא שלא היה אבוד מעולם, אלא שהחליטו להוציאו להורג ונתברר שהחלטה מוטעית ביסודה, ובאופן זה ס"ל לר"ל דלא הוי יאוש.

ובזה אתי שפיר כל הני סוגיות הנ"ל, דבכל אלו האופנים החפץ היה אבוד אלא שאפשר להחזירו ע"י סימנים, ובזה אמרינן דהוי יאוש, וכן בהא דהגהות אשר"י הוי יאוש כיון שכבר יצא מרשותו, אלא שלא ידע שיש לו דרך לקבלו בחזרה. משא"כ כשהחפץ מונח ברשותו אלא שסבר שעומד להיאבד ונתברר שהיה בטעות נמצא שלא היה אבוד כלל, ואין זה יאוש.

ואילו היה יודע שישראל מצאה לא היה מתייאש, אעפ"כ הוי יאוש.

אמנם באמת יש לדון בכ"ז, דשאני התם שהוא מתייאש משום שתולה בדעתו שהמציאות היה כך, אבל גם הוא יודע שאין מוכרח שכך היו הדברים אלא שמסתבר לו להאמין כך ולכן מתייאש, ובזה י"ל שאע"פ שהאמת הוא שלא היה המצב כך במציאות מ"מ הוי יאוש, שהרי גם הוא יודע שאין זה מוכרח ומ"מ בחר להאמין לצד הזה לפי השערותיו ונמצא שנתייאש ביושר כדת. משא"כ במקום שחסר לו ידיעה מסוימת, ולא עלה בדעתו אפשרות כזו כלל, כגון בקניינים שלא ידע שהקנין לא חל או שלא ידע שהדיין טעה, יאוש כזה לא הוי יאוש.

מהלך החזו"א בגדר יאוש והמסתעף לדין יאוש בטעות

אמנם באמת יסוד דברי הגרשש"ק בגדר יאוש - שהוא התרצות ומשו"ה אם נתייאש בטעות לא הוי יאוש - הוא מחודש, ובפשוטו יש לפרש גדר היאוש שהוא השלמה של הבעלים למצב החפץ שהוא אבוד, וכשהם מתייאשים ומשלימים עם מצב זה התירה התורה ליכות בחפץ, כמו שכתב החזו"א (ב"ק סי"ח) וז"ל: 'יאוש הוא בעל כרחו נגד רצונו, ועיקר היאוש הוא בזמן ששליטתו נתרועעה, אבל לא שייך יאוש בממון שהוא שליט עליו, והלא רבה סבר אליבא דרבנן דלא מהני יאוש בגזילה, שאין כאן ריעותא מספקת בממון, דכל שעתא

ראה"כ הרה"ג ר' יעקב בריזל שליט"א

האם שומר אבידה צריך קנין להתחייב בשמירה

מצוות השבת אבידה מתחלק לשני חלקים. עד שנטלה המוצא אינו אלא מצווה בעלמא ולא 'חייב ממוני' לבעל האבידה, ואם התעלם מהאבידה ולא הגביהה אינו חייב לשלם. אבל משנטלה נתחייב בחיוב שמירה, ואם פשע בה חייב לשלם ככל שומר, כמבואר בגמ' (ב"ק נו:;) ובשו"ע (סי' רס"ז סעיף ט"ז). ויש לדון האם צריך 'מעשה קנין' וקבלת שמירה ככל השומרים, ואם מתכוון שלא להתחייב בחיוב שמירה לא נעשה שומר, או שמא אינו דומה לכל שומר, אלא משעה שנטלה נעשה שומר אפילו שלא בקנין וקבלת שמירה.



דברי המהרש"ם והפרי יצחק שצריכים

מעשה קנין

א. בספר פרי יצחק (ח"ב סי' ס"ב) כתב בפשיטות שדין שומר אבידה הוי ככל שומר, וצריך משיכה וקבלת שמירה. והביא ג' ראיות לכך: א' - השיטמ"ק (בדף ל:) בשם הרמ"ך כתב גבי הא דאמרו בזקן ואינה לפי כבודו שאם הכישה נתחייב בה, שהטעם הוא משום שעשה קנין ונתחייב בשמירה, ובדין שומר ליכא פטור של זקן ואינה לפי כבודו. מבואר בדבריו שצריכים מעשה קנין להתחייב בשמירה ובלא"ה אינו חייב. ב' - מדברי רש"י (שם) שכתב הכישה 'כדי להשיבה' מבואר שרק אם מתכוון להשיב נעשה שומר, אבל אם לא נתכוון להשיב לא נעשה שומר. ג' - מהמבואר בגמ' (כו:) שאם נטלה ע"מ לגזולת עובר משום לא תוכל

להתעלם, מבואר שאם נטלה שלא בכוונה להשיבה הוי כמי שהעלים עיניו ממנה ולא נטלה, ומוכח שאע"פ שנטל כל שלא נתכוון להשיב לבעלים הרי זה כמונח ע"ג קרקע ולא נעשה שומר.

וכן מבואר בשו"ת מהרש"ם (ח"ג סי' קנ"ו) שלא נעשה שומר רק בכוונה להתחייב ובמעשה קנין, ובסתמא אמדינן דעתיה שרוצה להתחייב לשמור כרצון התורה.

השגה על ראיות הפרי יצחק

ב. והנה דבריהם צ"ע, דמה שכתבו בפשיטות דבעי קבלת שמירה ומעשה קנין, סתימת הגמ' והפוסקים לא משמע כן וכמו שיתבאר להלן. ומה שהוכיח הפרי יצחק מהגמ' שעובר משום לא תוכל

וכן נראה מדברי רש"י בהמשך שכתב הכישה נתחייב בה 'הואיל והתחיל', מבואר בדבריו שחייב כיון שהתחיל ולא משום שקיבל ע"ע לשמור עד שיגיע לרשות בעלים.

ועוד צ"ע דהרי התם מיירי ברשות הרבים, וברה"ר אין קנין משיכה כלל כמבואר בשו"ע (סי' קצ"ח), וכן תמה בשיעורי ר"ש (סי' ס"ו) על הרמ"ך ונשאר בצ"ע.

מהלך האחיעזר ושו"ת ראשי בשמים

ג. והנה בשו"ת ראשי בשמים (חו"מ סי' צ"ו) כתב ג"כ דסתימת הפוסקים הוא דלא בעי מעשה קנין, וכן משמע מהא דהכישה דנתחייב בה, שע"כ אין הכוונה שחייב משום משיכה - שא"כ אין לחייבו אלא אם משכו לסימטא, ולא משמע כן מדברי הגמ'. וכתב לחדש שכמו שמצאנו בפועל שהתחלת מלאכה הוא מעשה קנין להשתעבד לעשות המלאכה, כמו כן גם בשומר התחלת שמירה הוא מעשה קנין על השעבוד לשמור, וזהו כוונת רש"י שהכישה חייב הואיל והתחיל, ור"ל שהתחלה זו מחייבו בשמירה והובאו דבריו באחיעזר (ח"ג ס"ו) והסכים עמו.

ודבריהם צ"ע דהנה לפי זה ע"כ צ"ל שעכ"פ בעי כוונה לקבל שמירה, שהרי אם אינו מכוון לקבל שמירה מה יועיל מה שהתחיל להשיב להחשיבו כמעשה קנין, הרי מעשה קנין ללא כוונה להשתעבד אינו כלום, ולכאור' הרי בהא דאביי לא נראה

להתעלם ש"מ דהוי כמונח ע"ג קרקע, צ"ע שהרי מבואר ברש"י ותוס' שם שגם אם נטל כדי להשיב אם אח"כ החליט שלא להשיב עובר משום לא תוכל להתעלם, מבואר בזה שגם כשנעשה שומר לבעלים כל שמעכב את האבידה בידו הרי זה עובר משום ל"ת להתעלם, א"כ י"ל שגם כשנטלה ע"מ לגזול נעשה שומר אבידה ואעפ"כ עובר משום לא תוכל להתעלם.

ומה שהוכיח מדברי רש"י שכתב הכישה - 'כדי להשיבה', וכן מהרמ"ך שכתב שהחייב בהכישה הוא משום שעשה קנין, הנה מבואר מדבריו דבהכישה איכא קבלת שמירה. וצ"ע שהרי מבואר בגמ' דאביי הוה יתיב קמיה דרבה, חזא להנך עיזי דקיימו שקל קלא ושדא בהו, א"ל איתחייבת בהו קום אהדרינהו. והתם הרי לא נראה שנתכוון בהכשה זו לקבל על עצמו לשמור עד שישלב לרשות בעלים, ואעפ"כ חייב. ומה שכתב רש"י 'הכישה כדי להשיבה' ע"כ אין כוונתו שהכישה בכוונה שהוא יתעסק בה עד שיגיע לרשות בעלים, אלא בכוונה לכוונם ולהדריכם שילכו מעצמם לרשות בעליהם, וכמו שכתב המאירי וז"ל: מצא בהמה והכישה נתחייב להטפל בה ולהחזירה אפי' לא היה דעתו בהחזרה גמורה אלא להדריכן, והוא הנראה לי במה שאמרו חזא עיזי דקיימן, פי' שהיו עומדות על עמדתן ולא היו הולכות שקל קלא ושדא בהו, ר"ל להדריכן, הא אם גער בהן להוציאן משדהו או שלא יכנסו לשם אין כאן התחלה במצווה ע"כ.

שמזה נלמד למעשה שהיה במי שגנב חפצים ומסר את הדברים לחברו, וחברו החזירו ליד הגנב, שחייב לשלם לנגנב, שכיון שנטלה מן הגנב הוי שומר אבידה וכשמחזירה לגנב חייב לשלם כדין שומר שפשע ע"ש.

וכן פסק הרמ"א (סי' שמ"ח ס"ח): ראובן שראה שמעון שנכנס לבית לוי וגנב חפץ אחד, ובא אותו חפץ ליד ראובן והחזירו לשמעון, אין לוי יכול להוציא ממנו בדין, ודווקא ששמעון יש לו שום טענה נגד לוי, אבל אם אין לו טענה עליהם רק גנבם וזה יודע ראובן, אם החזירם לשמעון הגנב חייב לשלם ללוי, דהוי ליה להשיב אבידה לבעלים.

ומפורש שכל הנוטל אע"פ שלא נתכוון להשיב לבעלים הוי שומר אבידה

וחייב, וכן כתב החזו"א (ב"ק סי' ר' סק"ו) וז"ל בתו"ד: כל שנטל אבידה ע"מ להחזירה למקומה והחזירה ונאבדה חייב לשלם. ע"כ. שוב מצאתי כן בהדיא בתשו' מהר"ם במרדכי פרק הספינה, הובא בהגר"א סי' שמ"ח סקכ"ג [כמקור לדברי הרמ"א הנ"ל].

וכן כתב בברכת שמואל (סי' כ"ה) בשם הגר"ח וז"ל: ושמעתי משם מו"ר דגבי שומר אבידה לא בעינן קנין כמו בשאר שומרים דתיקנו משיכה בשומרים, אלא משום דלא שייך שמירה אלא כשהוא בידו וע"כ לא שייכא בזה משיכה ע"כ. וכן כתב הגרש"ר (סי' מ"ה וסי' ס"ו). וכן מבואר בשער

שנתכוון להשתעבד בכך לשמור עד שיגיע לרשות בעלים.

הוכחה מדברי הגמ' והרמ"א

ד. ובאמת מצאנו בזה דברים מפורשים בגמ' ופוסקים. דהנה מבואר בגמ' (ב"ב 19:) השולח את בנו אצל חנווני וצלוחית בידו ונטל החנווני את הצלוחית ומדד לו שמן, והחזירו לקטן ונשבר ביד הקטן, החנווני חייב. ואמרו בגמ' דהיינו טעמא כיון שנטלה החנווני למוד בה חייב, כדרכה דאמר רבה הכישה נתחייב בה, [איירי לגבי זקן ואינה לפי כבודו, שמעיקר הדין פטור מהשבת אבידה אבל אם הכישה חייב], ודחו בגמ' אימור דאמר רבה בבעלי חיים דאנקטינהו נגרי ברייתא, כי האי גוונא מי אמר.

ובמרדכי (אות תקסג) ביאר דברי הגמ' שחיוב החנווני נובע מחמת נטילת האיסור וצלוחית, שבזה שנטלה הוי 'שומר אבידה'. ומתחילה סברו שאין החנווני חייב משום דהוי אבידה מדעת, ודימו להא דרבה דכי היכי דבזקן ואינה לפי כבודו אע"ג שאינו חייב להגביה מ"מ אם הגביה נתחייב והוי שומר אבידה, כן גם לגבי אבידה מדעת שאע"פ שפטור להשיב אם נטלה נתחייב.

מבואר לפי זה שכל היכא שנטלה, אע"ג שלא נתכוון בנטילה כדי להשיבה לבעלים אלא כדי להחזירה לקטן, אעפ"כ נתחייב בשמירה ככל שומר. וכתב המרדכי

משפט (סי' שנ"ד סק"א) וכן מבואר בדברי הקצוה"ח (סי' רצ"א סק"ד) וכדלהלן.

שהלוקח מן הגנב נעשה שומר אבידה כמו שנתבאר לעיל.

דברי הרשב"א והרמב"ן

ה. אמנם עי' בתשו' הרשב"א (ח"ה סי' קס"ז) שכתב בתו"ד דכל שומר צריך קבלה, ובלא שיקבל על עצמו אינו חייב. וכתב שאין להוכיח משומר אבידה, דשאני שומר אבידה 'שהתורה הטילה עליו שמירה בפירוש, וגם הוא קיבלה עליו כשהגביה האבידה' [כלשונו]. נראה מדבריו שאינו מתחייב רק כשגם הוא קיבל עליו שמירה כשהגביה האבידה.

ועי' גם בחידושי הרמב"ן (ב"מ כה:) שכתב וז"ל: והוי יודע דכל שכן בדבר שיש בו סימן שאינו רשאי להחזירה למקומה, שמשגביה ע"מ להחזירה נתחייב בה ושומר של בעלים הוא. ע"כ. ומשמע מדבריו שדווקא בנוטל ע"מ להחזירה נתחייב בשמירתה, אבל אם נטלה שלא ע"מ להחזירה לא נתחייב בה.

וצ"ע מהסוגיא בגמ' (בב"ב פז:) דמשמע שאפי' בנוטל ע"מ למוד הוי שומר אבידה, ואולי י"ל שכוונתם רק לאפוקי אם נטלה ע"מ לגזולה, שבזה י"ל שלא נעשה שומר אבידה כמש"כ החזו"א (ב"ק סי' ט"ז ד"ה ויש לעיין). ועכ"פ לדינא ברור דקי"ל שאפי' בלא נתכוון להשיב האבידה לבעלים הוי שומר אבידה, וכמש"כ הרמ"א (סי' שמ"ח ס"ח)

גדר הנטילה המחייבת בשמירה

ו. ובגדר הדברים נראה, דהנה מקור הדבר שנתחייב בחיובי שומר כתב רש"י (ב"ק נו: ד"ה שומר אבידה): הכניס אבידת חברו לביתו כדכתיב 'ואספתו אל תוך ביתך'. מבואר בדבריו שהמקור לחיוב הוא מהא דכתיב ואספתו. ולפי זה נראה שגדר המחייב הוא 'מעשה אסיפה', ולא משום 'מעשה קנין', שאבידה אין צריך לא מעשה קנין ולא קבלת שמירה כמו שנתבאר אלא מעשה אסיפה, וכשאוספו אל ביתו אז נתחייב בחיוב שמירה.

ולפי"ז יש לבאר דברי רש"י שכתב שהטעם דהכישה נתחייב בה 'הואיל והתחיל בהשבה' שכוונתו שכיון שהתחיל בהשבה נתקיים בו 'ואספתו' ועל ידי זה נתחייב בהשבה, ואין זה משום 'התחלת מלאכה' כמו שביאר בשו"ת ראשי בשמים הנ"ל, דהכא לא בעינן 'מעשה קנין' ולא 'קבלת שמירה' כדמוכח מהאי סוגיא דהתם שאביי לא נתכוון להתחייב בחיוב שמירה וכמש"כ לעיל, אלא בעינן 'מעשה אסיפה' ועי"ז נתחייב בשמירה בע"כ, וכשהתחיל בהשבה הוי אסיפה.

ועפי"ז נראה ליישב שיטת רש"י ממה שהקשו עליו השעה"מ (גזילה פ"ג הט"ו) והתרומה"כ (סי' רס"ג) מהא דמבואר

וא"כ באופן שבעט את האבידה שלא הועיל בזה כלום לבעלים לא נעשה שומר אבידה.

הגביה אבידה ולא ידע שיש בתוכו זהב

ז. ונראה שזהו ביאור דברי הקצוה"ח (ס"ר רצ"א סק"ד) שדן במי שמצא זהב שהוא מחופה בכסף ולא ידע שזהב בתוכו, האם נתחייב בשמירת הזהב ג"כ, וז"ל: אמנם ראוי לספק בשומר אבידה שסבור שהוא כסף, כגון שהיה מחופה כסף ובתוכו זהב, מי נימא כיון דהתורה רמי עליה נטירותא בע"כ ה"ל כמו ארנקי בגדיש לרבי יהודה וחייב, כיון שאינו תלוי בקבלתו, או נימא דגם בשומר אבידה כה"ג פטור. וע"ש שהאריך וכתב שלפי הרמב"ם שסובר דכל השומרים צריכים משיכה פשוט שאינו חייב, דכל דלא ידע מזהב אין כאן משיכה, ואפי' לדעת התוס' והרא"ש דשומרין לא בעי משיכה אלא מכי נסתלקו הבעלים משמירתן נתחייב השומר, נראה שהיינו דווקא בשארי השומרין כמו ש"ח וש"ש, דכיון דקיבל עליו לשמור והבעלים נסתלקו משמירתן סגי, אבל גבי שומר אבידה ודאי בעי משיכה אליבא דכו"ע דכתיב 'ואספתו אל תוך ביתך'. והיינו דהתורה רמי עליה ליקח אותו לתוך ביתו, אבל כל זמן שלא משך אע"ג דראה אותו לא נתחייב בשמירה, וכה"ג דלא ידע ליה בזהב לא הוי משיכה וכמו האי דסי' רל"ב וצ"ע. עכ"ד.

מבואר בדבריו שאפי' לשיטת הסוברים שבכל שומר לא בעינן משיכה, מ"מ

בגמ' (ב"ב פז.) שהנוטל צלוחית מן התינוק בידו נתחייב בשמירה אע"פ שלא נתכוון להשיב, וקשה על שיטת רש"י שכתב דהחיוב בהכיסה הוא משום שכוונתו הייתה להשיב. ולפי האמור נראה ליישב, דהנה אם נטלה בידו ממש הוי 'מעשה אסיפה' אפילו כשלא נתכוון להשיב שהרי נטלה בידו, משא"כ אם הכיסה והרחיקה ממנו אזי אם לא נתכוון בכך להשיבה אין זה 'מעשה אסיפה' אלא 'מעשה הרחקה' מהבעלים, ורק היכא שננתכוון בהכשה זו להדריכן לרשות בעליהם - וכמו שכתב המאירי שהובא לעיל 'הכיסה נתחייב להטפל בה ולהחזירה אפי' לא היה דעתו בהחזרה גמורה אלא להדריכן' - אז נחשב כמעשה אסיפה ונתחייב בשמירה.

ובזה נראה לבאר דברי הרמ"ך הנ"ל, שכתב שהטעם אם הכיסה נתחייב בה הוא משום דכיון דעקרה יד ורגל הוי כקנויה, שאין כוונתו דבעינן 'מעשה קנין' שהרי מיירי ברשות הרבים שאין שם קנין משיכה כלל, אלא דימה גדר מעשה אסיפה כמו גבי קנין, דכמו לגבי קנין דבעינן הכנסה לרשותו כיון שעקרה יד ורגל הוי הכנסה לרשותו, ה"נ לגבי מעשה אסיפה כיון שעקרה יד ורגל הוי אסיפה לרשותו.

ועפ"ז נראה לדון שאם בעט האבידה ברגלו לא נתחייב בשמירתה, והוא עפ"י מה שנתבאר שדווקא אם הכיסה כדי להשיבה אז נתחייב גם כשלא נתכוון להשיבה, אבל אם הרחיק ממנו אינו בכלל 'ואספתו' רק אם נתכוון להועיל לבעלים,

ומוכח מזה דכל שלא ידע מהאבידה לא נתחייב בשמירה.

ונראה ביאור הדברים עפ"י מה שנתבאר לעיל דבאסיפה תליא מילתא, א"כ בשלמא כשידע שהוא אבידה הרי חייב לשמור ואינו תלוי אם הוא יודע מה מונח בתוכו, אבל כשלא ידע כלל שהוא אבידה אין זה בכלל 'ואספתו אל תוך ביתך'.

היה ברשותו חמץ של חברו ולא מכרה
האם חייב לשלם משום שומר אבידה

ט. והנה עי' בספר חק יעקב (סי' תמ"ג סק"ח) שכתב במי שהפקיד חמץ אצל חברו, והגיע זמן איסורו והשומר לא מכרו לעכו"ם, מאחר שחייב לטרוח ולמכור מדין השבת אבידה, הרי נעשה שומר אבידה שהוא כשומר שכר.

ובשועה"ר (בקו"א סוף אות ב') תמה עליו וז"ל: ומה גם שדברי הח"י בזה תמוהין מאד מאד, דכיון שלא מכר החמץ איזה שומר הוא להאבידה, וכי מי שראה את האבידה בשדה ועבר ונתעלם ממנה ואח"כ נגנבה משם הוא חייב בגניבתה לדעת הרמב"ם וסייעתו [דס"ל דשומר אבידה כש"ש וחייב על גניבה], וחס ושלום ישתקע הדבר ולא יאמר, וזה היפך דברי התלמוד והפוסקים במקומות אין מספר ע"כ. וכן תמה גם הבית מאיר ע"ש. ור"ל שכמו בכל אבידה אע"פ שחייב ליטלו מ"מ כל שהעלים עיניו ולא נטלו אינו חייב לשלם, וא"כ ה"נ אע"פ

בשומר אבידה בעינן משיכה כדכתיב 'ואספתו אל תוך ביתך' ובלא זה אינו חייב, והיינו כדאמרן שחייב שמירה תלוי במעשה אסיפה, ולכן כתב הקצוה"ח שכשלא ידע שיש בתוכו זהב אין זה נחשב כמעשה אסיפה, כמו שמצאנו לגבי קנין שאין זה נחשב כהכנסה לרשותו. אמנם עי' בחזו"א (ב"ק סי' ר' סק"ו) שחולק על הקצוה"ח וסובר שאפילו אם אינו יודע מה מונח בתוכו ג"כ חייב בשמירה, כיון דרחמנא שעבדיה בעל כרחו ע"ש.

הגביה דבר ולא ידע שיש בתוכו אבידה

ה. והנה נראה שאפי' לדברי החזו"א היינו רק אם ידע שהוא אבידה אלא שלא ידע מה מונח בתוכו, אבל אם הגביה דבר ולא ידע שיש בתוכו אבידה כלל אזי לא נעשה שומר אבידה לכו"ע. וראיה לכך מהמבואר בשו"ע (סי' רס"ב סי"ז): תגר הלוקח פירות מבעה"ב ובתוכם היו מעות, ומצאם התגר לאחר זמן באופן שיש לתלות שכבר נתייאשו הבעלים, הרי אלו שלו. ע"ש. ואי איתא שנתחייב בשמירה אפי' לפני שידע, א"כ אמאי זכה בהם התגר - הלא נתחייב בהשבה ובשמירה וא"כ באיסורא אתי לידיה. [ואין לתרץ כמש"כ המחנ"א (קנין חצר ס"ה) ועוד אחרונים לגבי קנין חצר דבתגר ליכא באיסורא את"ל כיון שאינו הווה להימצא, דכ"ז ניחא לגבי החצר דבכה"ג לא נחשב החצר כידו וכשלוחו כיון שאינו הווה להימצא, אבל עדיין קשה שהרי האבידה נכנס בידו כשהגביה הסל עם הפירות, ובזה לא יועיל לן מה שאינו הווה להימצא],

שלא מדעת יתכוון בשעת הגבהה שלא לזכות בה ולא להחזיר אלא על תנאי אם ימצא של מי הוא, וממילא אינו נעשה שומר כמו שנתבאר לעיל [לא מצאתי], ויועיל היאוש שלאחר מכן.

וכן כתב בספר השבת אבידה כהלכתה (פ"ה אות ד'): העצה להימנע מספיקות אם נתייאשו הבעלים או לא, הוא שיכוון בהגבהתו שאינו רוצה לזכות בחפץ עד שיתייאשו הבעלים, ולאחר זמן שנראה שהתייאשו הבעלים זוכה באבידה. ובהערה כתב שהוא עפ"י התוס' דס"ל שהמונע היאוש הוא חיוב ההשבה, וכל שהגביה שלא ע"ד להיות שומר זוכה אחר היאוש.

אכן לפי מה שנתבאר שגם אם אינו מקבל עליו להיות שומר מ"מ רחמנא שעבדיה בע"כ, כמבואר בגמ' (ב"ב פח.) שגם אם נטלה למוד בה נעשה שומר, וכן מבואר בשו"ע (סי' שמ"ח ברמ"א), וכמש"כ החזו"א שמוזה מוכח שאפי' אם נטלה כדי להחזירה למקומה נעשה שומר, א"כ גם אם הגביהה בתנאי שלא לזכות בה לאו כלום הוא ונתחייב בשמירתה בע"כ.

ולגוף הדברים בנוגע לדין דאיסורא אתי לידיה יש להעיר עוד שאפי' אי נימא שלא נתחייב בחיוב שמירה, מ"מ ברור שנתחייב במצוות השבה, שהרי מצא הדבר לפני יאוש, וגם אם נטלה ע"מ לגזולה לעצמו חייב בהשב תשיבם כמבואר בגמ' (ב"מ כו:), וא"כ נראה שכ"ז ניחא לדעת הרמב"ן שהמונע

שנתחייב למכור מדין השבת אבידה מ"מ עדיין לא נעשה שומר אבידה רק כשנטלו, אבל כל שלא נטלו לא נעשה שומר ואם לא מכר אינו חייב לשלם.

ועי' באחיעזר (ח"ג ס"ו) שכתב ליישב דברי הח"י, דשאני הכא שהוא בתוך ביתו, והרי הוא קונה את האבידה מיד בקנין חצר להתחייב בחיובי שמירה, ולכן חייב מיד מדין שומר אבידה.

ובאמת שצ"ע בדעת השועה"ר והבית מאיר, שלכאור' צדקה טענת האחיעזר שנעשה שומר אבידה בזה שמונח בחצירו.

אכן נראה, שלפי מה שהעלינו שאין חיובו כדין חיוב שומרין דעלמא אלא דבאסיפה תליא מילתא, א"כ י"ל שאע"פ שהוא בתוך ביתו מ"מ מאחר שבזה עדיין לא ניצל מן האבידה, שהרי החמץ עדיין אבוד גם כשהוא בתוך ביתו, א"כ אין זה בכלל 'ואספתו אל תוך ביתך'. שהתורה מיירי במי שאספו וע"י זה נעשה האבידה שמורה לבעליה, אבל כל שלא נעשה שמורה ע"י אסיפה זו אין זה בכלל 'ואספתו', ולכן אע"ג שהפיקדון בביתו לא נתחייב בחיובי שמירה.

הגביה את האבידה שלא על מנת להתחייב

י. ומעתה צ"ע עמש"כ בפתחי חושן (הל' אבידה פ"ב הערה כ"ג): ונראה שלכתחילה כדאי שאם רואה אבידה שיש ספק יאוש

ור"ל שמכיון שהוא נהנה לכן חייבתו תורה כש"ש גם אם יאמר שאינו רוצה], ולפי"ז מדברי הראשונים מבואר דפסקין כרב יוסף משום שנהנה דלא בעי למיתב פרוטה לעני, א"כ לא נעשה שומר שכר רק בכוונה ובקנין.

אמנם ע"י בריטב"א (כ"מ פב:) שעמד ע"ז אמאי כל שומר חנם לא נעשה שומר שכר שהרי נהנה פרוטה דר"י, וכתב וז"ל: דגבי שומר כיון שמיד בעלים בא לו, וכל עיקרו לא נחת אלא לשמירה בעלמא וקיבלו סתם, אנן סהדי דלא נחת אלא להיות ש"ח, ואע"פ שלא פירש כמי שפירש דמי. אבל באבידה שבאה לו שלא לדעת הבעלים ולא באה לו משום שמירה אלא משום מצווה, וכן במלווה על המשכון שלא בא לו אלא משום מצווה, 'אני אומר דדעתו להיות ש"ש בפרוטה דר"י, אי נמי שתנאי ב"ד הוא בכך' ע"כ.

מבואר בדבריו ב' מהלכים בזה, לפי מהלך א' נראה באמת שתלוי בקבלתו, אלא שאני אומר שבסתם דעתו להיות כש"ש, ומהלך ב' כתב שתנאי ב"ד הוא בכך, ולמהלך זה אינו תלוי בקבלתו, אלא אפי' אם אין דעתו לכך הרי זה חייב.

ודברי הריטב"א אלו הם סייעתא גדולה למה שכתבנו לעיל שאי"צ קבלה להתחייב, שאם כתב כן לגבי חיוב ש"ש שלא חייביה רחמנא בהכי, כל שכן שלגבי חיוב שומר חנם דחיוב דרחמנא הוא, שהדין כן שאינו תלוי בקבלתו.

היאוש הוא חיוב שמירה, אבל לדעת התוס' (ב"ק סו. הובא בקצוה"ח סי' שס"א סק"ב וברעק"א בב"מ כא:) שסוברים שהמונע הוא חיוב השבה, א"כ פשיטא שלא מהני מה שמתכוון שלא להיות שומר, שהרי למעשה נתחייב בהשבה, ופלא על הספר הנ"ל שבנה דבריו עפ"י התוס' שלכאור' מדבריהם עולה שחייב בהשבה וכמבואר].

להתחייב בחיוב 'שומר שכר'

יא. ועדיין יש לדון לפי מאי דקי"ל (סי' רס"ז סט"ז) דשומר אבידה כשומר שכר דמי, האם צריך כוונה להתחייב בשמירה כש"ש או שנתחייב בכך אפי' בלא כוונה. ולכאור' נראה שתלוי בב' הדרכים בגמ' בטעם הדבר דנעשה שומר שכר, שלפי מהלך הא' שחייב משום דבהכי חייביה רחמנא א"כ חייב גם אם לא קיבל עליו שמירה, וכמו שנתבאר לעיל לגבי כל שומר אבידה, אבל לפי המהלך שאמרו בגמ' משום דנהנה ומרוויח פרוטה דרב יוסף א"כ נמצא שחיוב התורה ליכא כי אם בדרגת שומר חנם, אלא שנעשה ש"ש כדין כל שומר שמקבל שכר, וא"כ הדין נותן שע"ז בעי מעשה קנין וכוונה לקבל שמירה ככל שומרים, וכן כתב האמרי בינה (הלוואה סי' ס"ח) שזהו הנפק"מ בין ב' הלשונות בגמ'. [אלא שכתב שי"ל שטעם הב' אינו חולק על טעם הא' אלא מוסיף עליו, שלפי טעם א' שנהנה מפרוטה הדין הוא שיכול לומר לא הן ולא שכרן, וע"ז הוסיפו טעם הב' דבהכי חייביה רחמנא,

ראה"כ הרה"ג ר' יעקב בריזל שליט"א

מתנה שניתן לבן הסמוך על שולחן אביו מי זכה בו

יש לדון בכל מתנה שניתן לבן הסמוך על שולחן אביו, האם זכה בו הבן או האב. שאלה זו נוגע במתנות למיניהם שהבן מקבל, כמו כן יש לדון אודות התוכנית 'חסכון לכל ילד' שנוסדה לאחרונה, שמטרת התוכנית היא שכל ילד מקבל תקציב מהממשלה בכל חודש והוא יכול למשוך אותה רק כשנהיה בן שמונה עשרה, האם יש צד שהאב זוכה בכסף מדין סמוך על שולחן אביו.



שיטת ר"ת שכל זכויותיו לאביו

א. איתא במתני' (ב"מ יב.): מציאת בנו ובתו הקטנים הרי אלו שלו, מציאת בנו ובתו הגדולים הרי אלו שלהן. ואמרו בגמ' (יב:) בשם רבי יוחנן לא גדול גדול ממש ולא קטן קטן ממש, אלא גדול וסמוך על שולחן אביו זהו קטן, קטן ואינו סמוך על שולחן אביו זהו גדול. והיינו טעמא דחז"ל תיקנו שמציאת בניו הסמוכים על שולחנו יהיה שלו משום איבה, שאם לא יהיה שלו לא ירצה לזונם.

וכתבו התוס' (ד"ה רבי יוחנן) בשם ר"ת שכמו כן מפרש רבי יוחנן הא דתנן בעירובין (עט:) לגבי המזכה עירוב לכל בני החצר, שמזכה ע"י בנו ובתו הגדולים אבל לא על ידי בנו ובתו הקטנים, דגדול הכוונה למי שאינו סמוך על שולחנו ואפי' הוא קטן, וקטן הכוונה במי שסמוך על שולחנו ואפי' הוא גדול, ולפי"ז כתבו התוס' 'וצריך

להיזהר שלא לזכות העירוב ע"י בנו הגדול הסמוך על שולחנו, דקי"ל כרבי יוחנן'.

הסבר מזה"ל ר"ת מאי שנא ממתנה שנתן לו האב עצמו

ב. והנה ראשונה יש לעמוד בדברי התוס' שהרי כל הטעם שמציאותיו לאביו הוא משום איבה, וכשהאב עצמו נותן מתנה הרי לא שייך איבה, וא"כ אמאי לא מצי לזכות על ידו, אכן גם באשה מצאנו שאינו יכול לזכות העירוב על ידה כמבואר במתני' שם, וגם בזה קשה שהרי קי"ל שהבעל שנתן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות, ומבואר שבעל שנתן מתנה לאשתו אין לו זכות בה, וא"כ אמאי לא מצי הבעל לזכות לאחר על ידי אשתו.

ועי' בגליון רעק"א (או"ח סי' שס"ו) שעמד בזה, וז"ל: אע"ג דפסק שהבעל שנתן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות,

ליכא איבה כיון שאביו נותן לו אף על פי שהוא נותן לו לזכות בה לאחרים, הא למה זה דומה לנותן מתנה לאשתו שיש לה יד, ואע"ג דאמרי' במסכת נדרים דכי תנן ומזכה להם ע"י אשתו דווקא כשיש לה חצר באותו מבוי דמיגו דזכיא לנפשה זכיא נמי לאחרני, אלמא אין לה יד לזכות לאחרים אפי' ברצון הבעל, שאני אשה דאלמיה רבנן לשעבודיה דבעל וידו כידה וכו', אבל גבי בנו גדול כיון שיש לו יד יכול לזכות לאחרים, לא יהא אלא מתנה דקא יהיב ליה אחר מי תקינו ליה רבנן לאב, הכי נמי זכי אפי' לאחרים, אבל אשה שאני דאפילו מתנה נמי בעל אית ליה זכייה בגווה'.

ודבריו צ"ב, שבתחילת דבריו כתב שהרי זה דומה לאשה שקיבלה מתנה מבעלה שיש לה יד, ושוב כתב שאע"פ שבאשה ג"כ אינו יכול לזכות על ידה לאחרים מ"מ יש לחלק דשאני אשה דאלמיה רבנן לשיעבודיה. ולא נתבאר החילוק כל הצורך, שהתחיל בהא דאלמיה רבנן וסיים בסוף דבריו בחילוק אחר וצ"ב.

אכן נראה ביאור דבריו על דרך שנתבאר לעיל, דמתחילה בא בטענה שכל מה שמציאתו לאביו הוא משום איבה והכא ליכא איבה כיון שאביו נותן לו, כמו הנותן מתנה לאשתו שאין הבעל אוכל פירות, והנה

וכן הנותן לבנו גדול הסמוך ע"ש מתנתו מתנה, צ"ל דיש חילוק בין נותן להם ממש לנותן להם לזכות לאחרים, ועי' בר"ן בנדרים. ע"כ.

ונראה כוונתו, דבשלמא אם נתן לה הבעל שתזכה לעצמה הרי גילה דעתו בזה שמחל על זכותו, וכיון שמחל על זכותו הרי יש לה יד לזכות לעצמה, אבל כשנותן לה שתזכה רק לאחרים הרי לא מחל על זכותו במה שתזכה לעצמה, ועדיין רוצה לזכות בכל מה שתזכה לעצמה, וכל שאין לה יד לזכות לעצמה לא מצי זכי גם לאחרים, דכל דלא מצי זכי לנפשיה לא מצי זכי לאחרני. וכן נמי גם בן הגדול הסמוך על שולחנו, שהן אמת שאם נתן מתנה לבנו שיזכה הבן עצמו, הרי גילה בזה שרצונו שהבן עצמו יזכה בדבר ואין כאן איבה, אבל כשמזכה על ידו לאחרים הרי אינו רוצה שהבן עצמו זכה בדבר, וכלפי זכיית הבן לעצמו אכתי יש כאן איבה, ונמצא שאין לבן זכייה לעצמו ולכן אינו יכול לזכות לאחרים¹.

השגת הרמב"ן על ר"ת שאינו דומה לאשה

ג. והנה עי' ברמב"ן שהביא דברי ר"ת והשיג עליו וז"ל: 'ואין הדבר נראה כן, דהכא משום איבה תקינו ליה רבנן והתם

1 ומה שציין לדברי הר"ן בנדרים עי' במגיני שלמה שדייק כן מדברי הר"ן, ע"ש (פס: ד"ה מודה) שכתב: כיון דבעל מ"מ הא קא מפיק ליה מרשותיה, אע"פ שאינו נותן לה אלא לזכות את אחרים מודה דזכיא. מבואר בדבריו שלזכות לאחרים גרע טפי.

כיד אביו, אלא שחז"ל תיקנו שמציאותיו לאביו, וראיה לכך כתב הרמב"ן שהרי אפי' מתנה שנתן לו אחר ג"כ אין האב זוכה, וכיון שכן אין אנו צריכים ל'מחילת האב' כדי שיהיה לו יד אלא מעיקר הדין כל מתנה שייכת לבן, וא"כ אין לחלק אם נותן לו כדי שיזכה לעצמו או אם נותן לו כדי שיזכה לאחרים, שכל מתנה יש לו זכות. וה"ה כשהאב נותן כדי שיזכה לאחרים ג"כ יכול לזכות לאחרים.

והנה לפי זה יש לומר שבזה נחלקו התוס' והרמב"ן, שלפי תוס' דין הבן הסמוך על שולחן אביו כדין האשה, שגם בבן הסמוך על שולחן אביו גדר התקנה הוא ש'ידו כיד אביו', וגם מתנה שנותן לו אחר שייך לאביו, אלא שאם האב עצמו נותן לו מתנה הרי זה לעצמו שבזה שנותן לו ע"מ שיזכה בו הוא גילה דעתו שמוחל על זכותו, משא"כ אם נותן לו כדי שיזכה לאחרים. אבל הרמב"ן סובר שאין דינו כאשה שלא תיקנו חז"ל שכל זכויותיו לאביו אלא במציאה ולא במתנה, וכיון שכן יכול לזכות גם לאחרים.

הוכחה שלפי ר"ת גם האב שנתן מתנה לבנו לא זכה הבן

ד. אמנם עי' ברמב"ן שהביא דברי ר"ת ומדבריו מוכח שגם מתנה שנותן לו אביו כדי שיזכה לעצמו ג"כ שייך לאביו וגרע מאשה, דז"ל הרמב"ן: ואומר ר"ת כיון דקי"ל כרבי יוחנן הא דתנן ומזכה להם ע"י בנו ובתו הגדולים אבל לא ע"י בנו ובתו

לשוננו הזהב הוא 'ליכא משום איבה כיון שאביו נותן לו אף על פי שהוא נותן לו לזכות בה לאחרים', מדויק בדבריו שעמד במה שכתבנו לעיל שיש לומר שכשנותן לזכות לאחרים גרע טפי, ולכן הדגיש שאע"פ שנותן לזכות לאחרים ולא לעצמו מ"מ ליכא איבה.

ושוב כתב שיש לדחות סברא זו, שהרי גם גבי אשה מצאנו שאע"פ שבעל שנותן מתנה לאשתו אינו אוכל פירות ומ"מ לא מצי לזכות על ידה, חזינן מזה שיש לחלק, שאע"פ שלעצמה יכולה לזכות מ"מ לאחרים לא מצי לזכות. והסברא הוא כמש"כ לעיל, דשאני נותן לה שתזכה לעצמה שמוחל זכותו, משא"כ בנותן שתזכה לאחרים. וא"כ י"ל דה"ה בבנו הסמוך על שולחנו.

וכתב הרמב"ן שזה אינו, דשאני אשה דאלמדה רבנן לשעבודיה דבעל, וכוונתו שיש לחלק בין זכיית הבעל באשתו לבין זכיית האב בבנו, דבזכיית הבעל באשתו גדר התקנה הוא ש'ידה כידו' וכל זכויותיה שייכים לבעלה וממילא גם מתנה שמקבלת שייך לבעל, ומעיקר הדין גם מתנה שמקבלת מבעלה שייך לו, אלא שכשהבעל עצמו נותן לה אזי 'מוחל על זכותו' ונתחדש לה יד, ובזה יש לומר כחילוק האמור שרק במקום שרוצה שהיא תזכה בממון אז יש גילוי דעת שמוחל על זכותו, אבל כשנותן לה כדי שתזכה לאחרים אין כאן גילוי דעת שמוותר על זכותו ונשאר ידו כידה. מה שאין כן בבן הסמוך על שולחנו שאין גדר התקנה ש'ידו

לעצמו ואח"כ זוכה אביו ממנו, וא"כ ה"ה בבן הגדול שמדאו' זוכה לעצמו א"כ זוכה מתחילה לעצמו ואח"כ זוכה אביו ממנו, וא"כ אמאי אינו יכול לזכות לאחרים מאביו והרי מתחילה נכנס לרשותו ורק לאחר שזכה בו זוכה אביו ממנו וכשזוכה לאחרים אינו זוכה לעצמו שפיר מצי לזכות לאחרים.

מהלך המחנ"א בביאור דברי ר"ת

ה. אכן עי' במחנ"א (זכיה ומתנה סי' ב') שביאר וסיכם דעת ר"ת וז"ל: 'היכא דהבן הוא גדול וסמוך על שולחנו, לדעת ר"ת מתנה שנתנו לו אחרים הרי היא של אביו כמו מציאתו, והוא הדין אם נתן לו אביו ג"כ מתנה לא זכה בה, דידו כיד אביו חשיב ונמצא דעדיין לא יצאתה מיד אביו אם לא שיקנה לו ע"י אחרים'.

וממושיך המחנ"א: 'ואע"פ שאמרנו שמציאת הבן היא של אב, וכמו כן מתנה שנתנו לו אחרים, מסתברא דאם האב מחל גביהו ונתרצה שיהא של בן הרי אלו זכה בהם ותו לא מצי להוציאה מידם, ואפילו הם קטנים ידים כיד אביהם, וראיה ממש"כ התוס' (ב"ק פז: ד"ה הכא) וא"ת וכיון דמן הדין הוא של אב א"כ מה ראו חכמים לומר דבגברא דלאו קפדנא יעשה להם סגולה, ותירצו דאמדו חכמים דעתו של אב ויודעים שהוא מוחל להם משום צערא דגופייהו. וכי תימא מאי שנא מנתן לו אביו מתנה דלא זכה בה, התם שאני משום דהקנאת מתנה בעינן הוצאה מרשות

הקטנים, לא קטן קטן ממש אלא גדול וסמוך על שולחן אביו קטן הוא ואינו זוכה לאחרים, שידו כיד אביו, והוסיף הרמב"ן; וכן בכל מקום כיוצא בו, כי ההיא דתנן במסכת מע"ש מערימין על מע"ש כיצד אומר אדם לבנו ולבתו הגדולים וכו' אבל לא יאמר כן לבנו ולבתו הקטנים מפני שידם כידו, התם נמי לאו דווקא אלא גדול וסמוך על שולחן אביו קטן הוא.

הנה בהא דמע"ש מיירי שהאב נותן לבנו שיזכה לעצמו ויפדה מע"ש, מבואר בזה שגם כשנותן להם כדי שיזכו לעצמם ג"כ שייך להאב, וזה צ"ע שהרי בכה"ג ליכא איבה, ומאי שנא מאשה שמקבלת מתנה מבעלה שאין הבעל אוכל פירות כיון שהבעל מוחל לה זכותו.

ועי' במגיני שלמה (כתובות מז:): שעמד בזה וכתב שלדברי ר"ת אין לבן יד כלל, וגרע טפי מאשה, דאשה אם הבעל מוחל לה זכותו יש לה יד, אבל בן אפי' גדול אם הוא סמוך על שולחן אביו אין לו יד כלל ואפי' כשהאב מוחל על זכותו, ועפ"ז כתב שגם אם אחר נותן לו ע"מ שאין לאביו רשות בו לא מצי זכי, וזה חידוש רב.

עוד צ"ע על כל עיקר דברי ר"ת, דאפי' נימא שאין לו זכיה לעצמו מ"מ אמאי לא מצי לזכות לאחרים, שהרי מדאורייתא זוכה לעצמו, והרי מבואר בגמ' (ב"מ יב.) שכל שמדאורייתא זוכה לעצמו יכול ללקוט לקט אע"פ שאביו עשיר, שמקודם זוכה הוא

אעפ"כ יכול הבעל לתת מתנה לאשתו וליכא חסרון במעשה הקניין, דשאני אשה שאין לבעל בגוף המתנה אלא בפירות כדין נכסי מלוג, וכיון שכן שפיר יש כאן הוצאה מרשות הבעל לרשות האשה לגבי הקרן וממילא אם הבעל מוחל לה יש לה גם זכייה בפירות, אבל בבן אצל אביו שהאב זוכה גם בגוף המתנה אזי אין כאן הוצאה מרשות האב.

ומטעם זה כתב המחנ"א שאם מזכה ע"י אחרים לבנו שפיר מהני, שכיון שאין החיסרון מצד זכיית הבן אלא מצד ההוצאה מרשות האב, א"כ כל שנותן לאחרים שיזכו לבן הרי יש כאן הוצאה מרשות האב ומהני.

ולפי"ז כתב המחנ"א (שם) אם נתן לו אחר מתנה ע"מ שאין לאביו רשות בו זוכה הבן אפי' הוא קטן, שהרי כל הטעם שהאב זוכה הוא משום שגם במתנה איכא איבה, אבל באופן זה שהתנה עמו שאין לאב רשות בו ליכא איבה וזוכה לעצמו.

ולפי"ז מיושב הכל, דוודאי שיש לבן זכייה ולא גרע מאשה, וכמו שמצאנו לגבי לקט שיכול ללקוט אע"פ שאביו עשיר, אלא שהאב אינו יכול לתת מתנה לבנו או לזכות לאחרים על ידי בנו כיון שאין כאן הוצאה מרשות האב.

והנה לפי"ז נראה דהוא הדין אם האב קנה מאחד עבור בנו דשפיר זכה הבן, כיון

לרשות, וכיון שידם כיד אביו לא יצא עדיין מרשותו, אבל מציאת הבן ומתנה שנתנו לו אחרים שאין לאב זכות בה אלא מכוח הבן, כל שסילק עצמו ממנו ומוחל להם הרי אלו זכה בה'.

מבואר בדבריו מהלך חדש בביאור דברי ר"ת, דבאמת גם לדברי ר"ת יש לבן יד לעצמו כמו באשה, ולכן מהני גם מחילת האב כמו באשה, וכמו שכתבו התוס' בב"ק בביאור הגמ' דחבלה שחבלו בהם אחרים שייך לקטן כיון שהאב מוחל לקטן שיהיה לעצמו, ומה שכתב ר"ת שאב שנותן מתנה לבנו אינו זוכה אין הטעם משום שאין לו יד אלא משום שחסר ב'מעשה קניין' דליכא כאן הוצאה מרשות האב, כיון שבלא המחילה כל זכויותיו לאביו הרי אין כאן הכנסה לרשות הבן, שאין המחילה ניכרת בעצם הנתינה. [דוגמא לדבר הוא מש"כ הט"ז (סי' קפ"ט) לגבי נפקד שרוצה לזכות בקניין חצר מן המפקיד שאינו יכול שאין כאן מעשה קניין מאחר שגם עד עכשיו היה ברשות המפקיד, ודימה למש"כ המחבר (סי' קפ"ה) בדין שליח שרוצה לקנות לעצמו, וכן כתב המחנ"א (קניין חצר) בדין משכיר שבא לזכות מהשוכר בקניין חצר דבר המונח בחצר השכור לשוכר, שאע"פ שחצר שכורה קונה למשכיר מ"מ כיון שיש רשות לשוכר להניח שם חפציו אין כאן מעשה הוצאה מרשות השוכר יעוי"ש].

וצ"ל לדבריו שאינו דומה לאשה, דבאשה מצאנו שאע"פ שכל זכויותיה לבעלה

לגבי מעשר כספים שבן גדול יכול לזכות כיון שמדאו' זוכה בו.

ועי' במגיה שם [והוא בנו של המחנ"א, בעל הקרית מלך רב] שכתב 'לא הבנתי זה, דר"ת בפירוש קאמר דיד בנו הגדול הסמוך על שולחנו כיד אביו ממש ומטעם זה אמר שאין לזכות העירוב על ידו'.

ביאור דבריו דאע"פ שאנן עסקינן באחר שנותן לבנו של זה, [דאי נימא דמיירי במי שנותן לבנו א"כ גם בעני הדין כן ולא רק בעשיר], מ"מ כיון דחזינן שא"א לזכות ע"י בנו לאחרים מוכח מזה שאין לו יד כלל, דאי נימא שמקודם נכנס לידו ואח"כ זוכה בו האב א"כ גם כשהאב מזכה לאחרים הרי קודם נכנס לידו ושפיר יש כאן מעשה הוצאה מרשותו ואמאי לא מהני, אמנם באמת הדבר קשה, שהרי בגמ' מבואר שאם יש לו זכייה מדאו' מקודם נכנס לרשות הבן ואח"כ זוכה אביו ממנו.

אמנם נראה ביאור דברי המחנ"א, דבאמת נכנס קודם לרשותו ואח"כ זוכה בו האב כמבואר בגמ', אלא שכשהאב עצמו נותן מאחר שלבסוף יוחזר הזכייה להאב באיזה דרך שלא יהיה, א"כ לא ניכר כאן 'מעשה הוצאה' מרשות האב, אבל אחר שנותן נכנס מקודם לבן ואח"כ זוכה האב.

אכן יתכן ליישב דברי המרדכי שיש לחלק בין מתנות עניים של לקט שכחה ופאה למעשר כספים, דבלקט שכחה ופאה הוא דין ששייך לעניים, וכיון שכן כל שזוכה בו העני

שהאב משך לכתחילה עבור בנו ולא נכנס לרשותו כלל, וא"כ זכה הבן, שהרי ליכא ריעותא בזכיית הבן אלא שבדבר ששייך לאב ליכא מעשה הוצאה מרשותו, אבל כשזוכה מהמוכר לכתחילה עבור בנו שפיר מהני.

דברי המרדכי והרמ"א בצדקה שניתן לבן שאביו עשיר

ו. והנה עי' ברמ"א (ביו"ד סי' רנ"ג סוס"א) וז"ל: כל מי שהוא עשיר אסור ליתן [מעשר כספים] לבניו אע"פ שהם גדולים אם הם סמוכים על שולחן אביהם. ומקורו מהמרדכי שכתב (ב"מ סי' רמ"א) וז"ל: אין יכול ליתן מעשר עני לבני שמעון הסמוכים על שולחנו ואפי' הם גדולים, כיון דאביהם הוא עשיר וידם כידו כמש"כ ר"ת, ואע"פ שרבי שמשון חולק על ר"ת וכו' אנן עבדינן כר"ת לחומרא.

מדברי המרדכי נראה דמיירי בראובן שרוצה ליתן מע"כ שלו לבני שמעון, וע"ז פסק שכיון שידם כידו, הוי כנותן להאב עצמו, ומאחר שהוא עשיר אינו יוצא בזה, והיינו כשיטת ר"ת לחומרא, [ועי' להלן].

אמנם עי' במחנ"א שהקשה שהרי מבואר בגמ' (ב"מ י.) שקטן יכול ללקט מתנות עניים אע"ג שהאב זוכה, מ"מ כיון דמדאו' זכיתו לעצמו שפיר דמי, והיינו טעמא שמאחר שזוכה מדאו' נמצא שמקודם זוכה לעצמו ואח"כ זוכה בו האב, ולכן יכול ללקט מתנו"ע, וא"כ הוא הדין והוא הטעם

אע"ג דגבי שיתופי מבואות דרבנן יש לו זכייה, גבי אב כיון דתקיננו רבנן דתהוי של אביו בסמוך על שולחנו, אינו זוכה לאחרים אפי' ברשותו, שהרי אין לו יד אלא מדרבנן ואתיא דרבנן ועקרה לדרבנן לגמרי שלא תקון ליה זכייה במקום אב אלא לצורך האב.

הנה הרמב"ן הוצרך לכך עפ"י חשבון הסוגיא, שאם חלוק על ר"ת וסובר שיכול לזכות ע"י בניו הסמוכים ע"ש, הדרא קושיא לדוכתא מהמבואר במתני' שאי אפשר לזכות על ידי בניו הקטנים, וע"ז חידש הרמב"ן דשאני קטנים שיש להם זכייה רק מדרבנן וכיון שיש להם אב לא תיקנו בהם יד.

מהלך הסמ"ע

ח. והנה ע"י בסמ"ע שהסביר הדבר, שהנותן מתנה לבן קטן אדעתא דאבוה נותן ולכן זוכה האב, כלומר, שמעיקר הדין מתנתו לעצמו כיון דליכא איבה כמס"כ הרמב"ן, אלא שמטעם אחר זוכה בו האב משום שהנותן רוצה שיזכה בו האב.

ולפי דבריו נמצא שאב שנתן לבנו קטן זוכה לעצמו שבזה לא שייך סברת הסמ"ע,

וכדבריו העלה גם ה'דברי משפט' (סי' קכ"א) בשם בנו, והביא שכן כתב רש"י (סוכה מו:): במה שאמרו בגמ' שם 'לא ליקני איניש לולבא לינוקא ביומא קמא דמיקני קני אקנויי לא מקני' ופירש רש"י (ד"ה אקנויי) דמיירי באב שמזכה לבנו, ומבואר שהבן הקטן זוכה בלולב מאביו, וכן הביא המחנ"א (זכייה ומתנה סי' ב') ראייה מדברי רש"י אלו.

שפיר דמי אע"ג שמיד אח"כ זוכה בו האב, אבל במעשר כספים שהוא מדין 'צדקה' יש לתת לעני שיזכה בו לצרכו, ואם מיד זוכה בו האב אינו מקיים בזה מצוות צדקה, אמנם צ"ע שהרי מעיקר הדין פסקינן כהרמב"ן וא"כ למעשה יחזיק בו הבן, ונמצא ששפיר מקיים מצוות צדקה ויל"ע.

נמצינו למדים כי לשיטת ר"ת דין המתנה כדין המציאה, שהנותן מתנה לבן הסמוך על שולחן אביו הרי זה של אביו משום איבה. ומ"מ אם האב מסכים ומוחל על זכותו יכול הבן לזכות לעצמו, ולכן אינו יכול לזכות לאחרים על ידי הבן, שהרי באופן זה ליכא מחילת האב, ונמצא שעדיין ידו כיד אביו. והמחנ"א כתב שגם האב עצמו אינו יכול לתת מתנה לבנו, שמאחר שמעיקר הדין זכויותיו לאביו אלא שע"י מחילת האב זוכה לעצמו, א"כ אין ניכר ההוצאה מרשות האב בזה שמוסר לבנו, אלא א"כ מזכה לו ע"י אחרים, ואחר שנותן לבן מתנה ע"מ שאין לאביו רשות בו זוכה הבן ואפי' הוא קטן דבאופן זה ליכא משום איבה.

שיטת הרמב"ן שיש לחלק בין בן גדול לבן קטן

ז. דעת הרמב"ן הוא שמתנה שניתן לבן הרי זה שייך לעצמו, שלא אמרו אלא גבי מציאת הבן שהוא לאביו משום איבה, אבל במתנה ליכא איבה, אמנם כתב הרמב"ן 'ומיהו בקטן וודאי כיון דאין זכייה לקטן

קושיות על מהלך הסמ"ע

ט. אמנם ע"י בגליון רעק"א שכתב על הסמ"ע שמדברי נמו"י מבואר שאפי' האב עצמו אינו יכול לתת מתנה לבנו, ובאמת שכן מוכח מחשבון הסוגיא, שהרי הרמב"ן הביא בתחילת דבריו כמה משניות שמבואר שא"א לזכות ע"י בנו קטן, ובכללם גם המשנה במע"ש שאין אדם יכול לפדות ע"י בנו ובתו הקטנים, והסביר בשם ר"ת שהטעם הוא משום שמתנת בן לאביו אפי' בגדול, ודחה דבריו וסובר שרק מציאה שייך לאב אבל מתנה שייך לבן חוץ מבן קטן ששייך לאביו, והוצרך לכך ליישב הני סוגיות, ובכלל זה גם המשנה דמע"ש, ומבואר שא"א לתת מתנה לבנו קטן.

ויותר מכך צל"ע, שהרי זה ברור לשיטת הרמב"ן שאין האב יכול לזכות לאחרים ע"י בנו הקטן כמבואר במתני' דעירובין ונפסק בשו"ע שאינו יכול לזכות לאחרים ע"י בנו הקטן, והשתא לפי הסמ"ע צריך ביאור אמאי אינו יכול, שהרי מעיקר הדין זוכה לעצמו, אלא שאחר הנותן לו זוכה האב משום שכוונת הנותן שיזכה בו האב, אבל כשהאב נותן ליכא חיסרון זה כלל וא"כ למה אינו יכול לזכות לאחרים. [ואינו דומה לשיטת ר"ת שסובר שמעיקר הדין מתנתו לאביו אלא שכשהאב נותן איכא מחילה על זכותו, שבזה י"ל שאינו יכול לזכות לאחרים על ידו משום שבאופן זה ליכא מחילה מהאב, או משום שחסר במעשה קניין כמו

שנתבאר לעיל, אבל לשיטת הרמב"ן שמעיקר הדין מתנתו לעצמו, אלא שאחר הנותן לו יש חיסרון נוסף שכוונתו שיזכה בו האב, א"כ כשהאב נותן ליכא חיסרון זה].

עוד צ"ע שמהיכ"ת שהבן הקטן יכול לזכות מתנה עבור האב, שהרי קטן אינו יכול לזכות לאחרים כמבואר בגמ' (גיטין סד:). ובשו"ע (סי' רמ"ג).

מהלך המחנ"א בביאור שיטת הרמב"ן

י. ובאמת הרמב"ן עצמו כתב טעם אחר, וז"ל: שהרי אין לו יד אלא מדרבנן, ואתיא דרבנן ועקרה לדרבנן לגמרי, שלא תקון ליה זכייה במקום אב אלא לצורך האב. עכ"ד. מבואר בדבריו שהטעם הוא שאין לו יד לזכות לעצמו כלל אלא לצורך האב, וא"כ לא שנא אחר ולא שנא האב אין יכולים לתת לו מתנה, ואפי' אם כיוונו לתת לו לעצמו שלא יזכה בו האב.

אמנם נראה ברור דהא מיהא יכולים לזכות לו ע"י אחר, שהרי באמת מעיקר הדין זכויותיו לעצמו, דהא קמן שיטת הרמב"ן שבן גדול שסמוך על שולחן אביו זכויותיו לעצמו, אלא הטעם הוא משום שאין לו יד רק מדרבנן כמבואר ברמב"ן, וזה שייך רק במה שזוכה בעצמו על ידי מעשיו, אבל במה שזוכה ע"י אחרים שפיר אית ליה זכייה. [שהרי כמו שיכול לזכות בירושה שנפל לו מאמו שנתגרשה ואין לאב חלק בו, ה"נ יכול לזכות במתנה שזיכו לו ע"י אחרים].

נמצינו למדים כי לשיטת הרמב"ן אין המתנה כדין המציאה, שבמתנה ליכא איבה ולכן זוכה הבן לעצמו. אמנם בכך קטן מתנתו לאביו, לשיטת הסמ"ע משום שכוונת הנותן שיזכה בו האב, ולפי"ז מתנה שהאב נותן זוכה בה הקטן, ומאידך מתנה שאחר נותן אפי' אם מזכה ע"י אחרים זוכה בו האב [אם לא שמוכח מהעניין שכוונתו שיזכה הבן לעצמו]. ולשיטת המחנ"א הטעם הוא משום שאין לו יד לזכות, ולפי"ז גם מתנה שנותן לו האב או אחר ע"מ שאין להאב רשות בו הרי זה לאביו, ומאידך אם זיכה לו ע"י אחר מהני.

סיכום השיטות וההכרעה להלכה

והנה הרמ"א (חו"מ סי' ע"ד) הכריע כשיטת הרמב"ן, אמנם באו"ח (סי' שס"ו) הביא גם שיטת ר"ת בשם י"א שאין לזכות העירוב ע"י בנו הסמוך על שולחנו אפי' הוא גדול, ונראה דס"ל שעיקר הדין הוא כהרמב"ן אלא שיש לחוש להחמיר גם כשיטת ר"ת, וכן פסק המרדכי והרמ"א (יו"ד סי' רנ"ג ס"א) כשיטת ר"ת לחומרא, וכמו שנתבאר לעיל (אות ז').

וכדברים אלו כתב המחנ"א (שם, בתו"ד בד"ה ודאתאן) וז"ל: אבל לפי דעת הרמב"ן ודעימיה שכתבו שאין יד לקטן לזכות לנפשיה בלא אביו הרי המתנה היא של אב, 'ואפי' התנה על מנת שאין לאביו רשות בו, אם לא שיזכה הנותן לקטן ע"י אחר שאז זוכה הקטן בה'. ע"כ. והדברים מוכרחים מיניה וביה, שאם אין הבן יכול לזכות אפי' אם כוונת הנותן שיזכה לעצמו ע"כ היינו טעמא משום שאין לו 'יד', וכיון שכן אם מקנה לו ע"י אחר שפיר דמי.

ולפי"ז ליכא ראייה מדברי רש"י בסוכה הנ"ל שאב הנותן לבנו מתנתו לעצמו, שיש לפרש דבריו דמיירי בזיכה לו ע"י אחר. ודין זה שייך גם במקנה לבן קטן שאינו סמוך על שולחן אביו, שגם להרמב"ן יש לו זכייה לעצמו.

והנה לשיטת הסמ"ע שהטעם הוא משום שכוונת הנותן שיזכה בו האב, א"כ גם אם מזכה ע"י אחר י"ל שזוכה בו האב [אם לא שמוכח מתוך העניין שרוצה שרק הבן יזכה], אמנם לפי מש"כ אין ראייה לדין זה וכל שמזכה לו ע"י אחרים זוכה הבן לעצמו.

העולה לדינא:

מתנה שהבן מקבל מאחרים, לשיטת ר"ת שייך להאב אא"כ מחל האב על זכותו, ולשיטת הרמב"ן בבן גדול שייך לעצמו, ובבן קטן שייך לאב, ואם מקנה ע"י אחרים זוכה לעצמו.

אם נתן לו האב מתנה, לשיטת ר"ת לא זכה הבן אלא א"כ מקנה לו ע"י אחרים, ולשיטת הרמב"ן, בבן גדול זוכה לעצמו, ובבן קטן – לשיטת הסמ"ע גם בזה זוכה הבן, ולשיטת המחנ"א לא זכה הבן וכן מבואר בנמו"י. ואם מקנה ע"י אחרים זכה.

קנה האב עבור הבן, זכה הבן אליבא דכו"ע, כי האב זוכה משל אחרים עבור בנו.

נתן לו אחר מתנה ע"מ שאין לאביו רשות בו, לשיטת הרמב"ן זוכה הבן לעצמו, ולשיטת הרמב"ן – לפי הסמ"ע זוכה לעצמו, ולפי המחנ"א בבן גדול זוכה לעצמו אבל בבנו קטן הרי זה של אביו.

ולהלכה נפסק כרמב"ן, וכ"ש אם הבן מוחזק שא"א להוציא ממנו, אבל אם האב מוחזק יתכן שיכול לומר קי"ל כר"ת, כיון שבשו"ע או"ח הביא המחבר שיטת ר"ת להחמיר.

ולפי האמור, כסף שמופקד בחשבון הבנק בתוכנית 'חסכון לכל ילד' הרי הוא של הבן אליבא דכו"ע, לשיטת ר"ת הוא של הבן היות וא"א למשוך אותה רק מגיל 18 הוי כתנאי ע"מ שאין להאב רשות בו, ולשיטת הרמב"ן שסובר דלא מהני תנאי זה מ"מ זכה הבן, משום שזיכוי בבנק הוי כמזכה ע"י אחרים, שהרי אין הקנין ע"י מעשה הבן אלא ע"י הקנאת החוב בבנק, ולשיטת הרמב"ן כל שמזכה ע"י אחרים זוכה הבן אפילו בקטנותו וכמו שנתבאר.

הרב שלמה בריזל

גדרי וענייני יאוש וזוטו של ים, והמסתעף בביאורי הסוגיות

חלק א' – גדר חלות יאוש

מחלוקת רש"י ותוס' אם יאוש הוא כהפקר או לא | שיטת הנתיחה"מ דביאוש אין החפץ יוצא מרשות בעלים | מחלוקת הנתיחה"מ עם התרומת הכרי אם שייך חזרה מיאוש | חידוש הגרש"ש דבכל יאוש יש היתר זכיה מצד הבעלים



ובחידושי ר' נחום בריש פירקין, ועוד] אף רש"י מודה לשיטת התוס' בב"ק דיאוש לא הוא כהפקר ממש, דודאי לא הוא יאוש "חלות" ככל חלות שבתורה וכמו הפקר, אלא זה שרש"י אומר דיאוש הוא כהפקר, כוונתו לומר דהוא כהפקר שמיד כשנתייאש זה יוצא מרשותו.

מח' רש"י ותוס' אם יאוש הוא כהפקר ידוע מה שנחלקו רש"י ותוס' אם יאוש הוא כהפקר או לא. שיטת רש"י בכמה מקומות (כאן במשנה ובגיטין דף טל: ועוד) דיאוש הוא מדין הפקר. ואולם בתוס' בב"ק (סו. בד"ה כיון דבאיסורא) מבואר דיאוש אינו כהפקר.

ולפי"ז מה שמבואר בתוס' בב"ק שם שיאוש לא הוא כהפקר, צ"ל דכוונתם לומר שביאוש אין יוצא החפץ מרשותו מיד אלא עד דאתי לרשות זוכה. וכמו שמבאר הנתיחה"מ בארוכה בסי' רס"ב סק"ג, וכמו שיבואר להלן בעזה"ת.

שיטת הנתיחה"מ שיאוש לא הוא כהפקר

הנתיחה"מ בסי' רס"ב סק"ג מחדש דחלות יאוש לא הוא כהפקר, דאינו יוצא

והפנ"י בגיטין לח. (בד"ה "ונראה באמת") הבין את דברי רש"י כפשוטו ממש, דכוונת רש"י לומר דיאוש הוא ממש כהפקר, דיאוש היינו שהבעלים "מפקיר" את האבידה. ועיי"ש שנתקשה ברש"י היאך מועיל יאוש באבידה, והא אין אדם יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו, ועיי"ש בדבריו מה שרוצה לחלק בין קרקעות למטלטלין.

ואולם בפשטות [וכן למדו האחרונים בדעת רש"י, עי' פרי יצחק ח"ב סי' ס"ד

מהיאוש, דכיון דכבר חל חלות יאוש בחפץ ויש כבר היתר זכיה בחפץ תו לא שייך לחזור בו ולבטלו, אלא צריך לקנותו במעשה קנין.

והנה יש לברר בדעת הנתיבות שחולק על התרומת הכרי וס"ל ששייך לחזור מהיאוש, האם זה משום דס"ל שיאוש לא הוי כלל חלות בחפץ, אלא דין הוא שכל זמן שיש יאוש מצד הבעלים על החפץ הרי זה נותן היתר זכיה על החפץ. או אפשר לומר בדעת הנתיבות שאפי' דיאוש הוי חלות מ"מ שפיר שייך לומר שחוזר בו מהיאוש, מכיון דהרי לא היה שום קנין על חלות היאוש, אלא דין הוא דאם נתייאשו הבעלים הרי חל היאוש בחפץ ונהיה בזה היתר זכיה, ולכן אם כבר ליכא סיבה ליאוש והבעלים חוזרים בהם מהיאוש הרי זה מבטל את חלות היאוש שחל בחפץ.

ויש נפק"מ גדולה בין ב' הצדדים, מה הדין באופן שכבר כלה סיבת היאוש, אבל הבעלים עדיין לא נתוודעו מזה. דלפי הצד השני בדעת הנתיבות שיאוש הוי חלות אלא שאפשר לבטלו, א"כ פשוט שאם לא נודע לבעלים מזה אין זה כלום, דהרי הבעלים הם שמבטלים את היאוש, ואם הם אינם יודעים היאך יבטל היאוש. משא"כ לפי הצד הראשון שדעת הנתיבות הוא דיאוש לא הוי כלל חלות, א"כ יש מקום לומר שאם כלה הסיבה ליאוש נפסק היאוש אפי' בלי ידיעת הבעלים. ולכאורה יהיה תלוי בדין יאוש

מיד מרשותו כהפקר אלא הוי רק היתר זכיה, שע"י היאוש חל היתר זכיה בחפץ לכל אדם, אבל עדיין אינו יוצא מרשותו כהפקר. ומוכיח כן מסוגיא דב"ק (קטז).

ועי' בחזו"א ב"ק סי' י"ח ס"ק י"ג שמביא לחלוק על הנתיבות שיאוש הוי כהפקר ויוצא מיד מרשות הבעלים [וכאמור לעיל שהאחרונים הבינו כך בכוונת רש"י].

[ובדברי הנתיבה"מ מבואר שמודה בזוטו של ים דהוי כהפקר ויוצא מרשותו מיד, ואינו כיאוש. ולכאורה מוכח מזה דס"ל להנתיבות כהראשונים דכ' שזוטו של ים הוי גזה"כ מיוחד, שיצא זה שאבודה ממנו ומכל אדם, ולא הוי מדין יאוש, - ועי' בהמשך אודות מח' זו - כי אם הוא מדין יאוש אין זה יוצא מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה.]

מחלוקת הנתיבה"מ והתרומת הכרי אם שייך חזרה מיאוש

והנה הנתיבות ממשיך לבאר לפי דרכו ששייך לחזור בו מהיאוש באופן שכלה סיבת היאוש, ואין הבעלים צריך לקנותו במעשה קנין, כיון שעדיין לא יצא החפץ מרשותו.

אולם התרומת הכרי כאן חולק על הנתיבות בזה וס"ל דאפי' דאמרינן דיאוש לא הוי כהפקר שאינו יוצא מיד מרשותו, מ"מ זה הוי "חלות יאוש" ולא שייך לחזור בו

בטעות. דאיכא יאוש מצד הבעלים אבל זה בטעות שהרי כבר ליכא שום סיבה ליאוש [משא"כ אם נאמר דיאוש הוי חלות ואלא שאפשר לבטל את החלות לא שייך לומר דהוי יאוש בטעות, דהרי היאוש כבר חל מתחילה שלא בטעות, וכל זמן שלא ביטלו הבעלים אכתי הוי החלות יאוש].

וכן יש עוד לדון מה הדין באופן שנתייאו הבעלים ומת. ולבנים עדיין לא נודע מן האבידה ומצדם הוי יאוש שלא מדעת, האם יש בזה היתר יאוש מכח מה שנתייאו הבעלים בחיותם. דאם נאמר דהנתיבות מודה דיאוש הוי חלות א"כ פשוט שמהני היאוש של האב ואין היאוש מתבטל כשמת, אבל אם נאמר דיאוש לא הוי חלות, אלא דין הוא דכל זמן שיש יאוש מצד הבעלים יש בחפץ היתר זכיה, א"כ לכאורה בזמן שמת וכבר נפסק היאוש מצד הבעלים תו ליכא היתר זכיה בחפץ. ויש לדון בזה. [ועי' בשיעורי רבי שמואל שמביא נפקותא זו].

והנה בנתיבות לקמן (רס"ד סק"ב) מפורש להדיא שכל זה דאמרינן שכלה היאוש ואין הבעלים צריכים לחזור ולקנות בו, הוא רק באופן שהבעלים יודעים מזה שכלה סיבת היאוש, אבל אם אין הבעלים יודעים מזה לא שייך לומר שכלתה היאוש. [וכן הוא מדויק כאן מלשו' הנתיבות]. וא"כ ע"כ צ"ל בדעת הנתיבות אחת מהשתיים, או דס"ל

להנתיבות דיאוש הוי חלות ולכן כל זה דאמרינן דכלתה היאוש הוא רק משום שהבעלים מבטלו, או דנאמר בדעת הנתיבות דס"ל דיאוש בטעות הוי יאוש, ולכן אפי' דיאוש לא הוי חלות מ"מ כל זמן שאין הבעלים יודעים שכלתה סיבת היאוש, הרי זה יאוש מעליא.

בגדר ההיתר זכיה שיש בחלות יאוש כפי שכבר התבאר לעיל בדפשוטות לכו"ע [אף לפי שיטת רש"י] החלות של יאוש לא הוי מעשה הפקר מצד המתייאו, אלא דהגדר והביאור ב"יאוש" הוא שיש הסכמה והתרצות עם המצב של האבידה, שהאדם משלים עם חסרונו שאין לו את החפץ. דאדם שנאבד לו אבידה יכול להיות שאפי' שזה אבוד ממנו, עדיין דעתו על החפץ וחושב בדעתו שעוד ימצאנו, ויאוש הוא שהוא כבר משלים בדעתו עם חסרון האבידה.

ויש לדון בדבר זה, מאי הוי בזה שהאדם משלים עם המצב אבידה.

הגרש"ש (כאן בריש פירקין סי' כ"ג) מצדד לומר, דבזה שהאדם משלים כבר עם המציאות אבידה, הרי הוא נותן בזה "היתר זכיה" לכל העולם. שאנו אומרים שחפץ שאדם משלים ודעתו הוא שבין כך ובין כך כבר לא ימצא את החפץ הרי הוא מתרצה שיזכה בו אדם אחר, והיינו דבמחשבת יאוש יש היתר זכיה, ונמצא דהא

ואולם יש מקום לחלוק על הגרש"ש, וכן לכאורה הוא הפשטות, דבאמת ליכא כלל היתר זכיה ביאוש, דלא אמרינן שבזה שאדם מתיימש מחפץ איכא בזה היתר זכיה לאחרים [שדחוק לומר שכל הגזה"כ הוא משום שזה בע"כ], אלא הביאור בזה הוא שיש גזה"כ שמכיון שהוא כבר השלים עם המצב והשלים בדעתו שכבר לא ימצא את החפץ, אמרה תורה דיש היתר זכיה בחפץ זה, ולא שהוא נותן את ההיתר זכיה אלא שהתורה היא שנותנת את ההיתר זכיה כיון שהוא נתיימש מהחפץ.

דאיכא היתר זכיה ביאוש הוא משום מחשבתו שכבר נתיימש. ולפי"ז אומר הגרש"ש דהא דבעינן דין התורה ליאוש [דלכאורה הרי הבעלים נותנים היתר זכיה, ואמאי צריך כלל לגזה"כ] הוא משום דלולא התורה הוי אמרינן שלא מועיל ההיתר זכיה שיש ביאוש משום דהוי בע"כ כיון שבעצם הוא אינו רוצה ליתן היתר זכיה, אלא המצב הוא שהכריחו לכך, ולזה בא הגזה"כ לומר דההיתר זכיה ביאוש מועיל אפי' שזה הוי בע"כ. ועיי"ש בדבריו עוד שהוא מוכיח כשיטתו מכמה דינים שיש ביאוש.

חלק ב' – מחלוקת אביי ורבא ביאוש שלא מדעת

ביאור בשיטת רבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש | לפי רבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש האם צריך שיהיה יאוש בסוף בפועל | הגדרה באיזה סוג חלות שייך מחלוקת אביי ורבא | ג' מהלכים בסוגיא של תרומה מדוע זה תלוי בדין יאוש שלא מדעת | חידושו הידוע של הש"ך בס' שנ"ח שאין צריך דעת בעלים עבור היתר תשמיש | המהלך של העונג יו"ט בביאור דברי הש"ך | שיטת המנ"ח אם שייך שאלה בקטן | מחלוקת הראשונים בקידושין האם שייך לקנות חפץ מחברו שלא מדעת.

א"כ מאי שייך לומר שמועיל היאוש אם לא התיימש בפועל, והיכן מצינו שיהיה חלות בחפץ מבלי שיהיה דעת בפועל. והרי אפי' אם נאמר שיאוש הוא רק התרצות והשלמה עם המצב, מ"מ הרי כל דין התורה שיש היתר זכיה הוא רק משום שיש יאוש, וא"כ מאי שייך לומר שכיון שאילו היה יודע היה

ביאור שיטת רבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש

השתא דאתינן להכי, שומה עלינו לברר מהו הסברא בשיטת רבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש, דמסברא קשה מאוד היאך אפשר לומר דיאוש שלא מדעת הוי יאוש, הא כיון דההיתר בחפץ בא ע"י היאוש

מתייאר, והא למעשה בפועל הרי לא נתייאר והיאך איכא היתר זכיה.

ונראה לבאר, דיאוש הוי דין בחפצא, והיינו דהגזה"כ הוא שחפץ אבוד מהבעלים והוי אינו ברשותו [נאפשר אפי' שאינו יכול להקדישו ולמוכרו] ואיכא השלמה למצב זה מצד הבעלים, יש בחפץ זה היתר זכיה. וההסבר בזה הוא, דהנה הרי כל אבידה אינו ברשותו של אדם, והוי בעלות קלישא על החפץ, שאין זה בבעלותו כמו כל שאר חפציו, ובעצם היה אפשר להבין שיהיה גזה"כ שכל חפץ שכזה שאבוד מהבעלים ואינו מצוי ברשותו איכא היתר זכיה דהרי אין זה בבעלותו אמיתי, אבל אמרה תורה דליכא היתר זכיה על כל חפץ האבוד רק אם הבעלים מתרצה ומסכים עם המצב הזה, אבל אם עדיין אינו מסכים ומתרצה לזה דעדיין בדעתו למצוא את האבידה בזה לא נתנה תורה היתר זכיה. והטעם הוא פשוט, דהרי אע"ג שהאבידה אינו ברשותו של אדם מ"מ ודאי הוי עדיין בבעלותו והרי הוא שלו עדיין, אלא אמרינן דכיון דכבר הוי בעלות חלשה בזה שהרי אינו ברשותו איכא היתר זכיה. ולכן אפשר להבין שאם הבעלים עדיין חושבים שיצליחו להחזיר את האבידה לרשותו ובעלותו השלמה, בזה עדיין לא נתנה תורה היתר זכיה. ועכ"פ הגדר ביאוש הוא, דחפץ דהוי במצב כזה שאינו ברשותו של אדם איכא היתר זכיה בזה, אבל רק בצירוף יאוש מצד

הבעלים שיש השלמה מצדו למצב כזה, שרק אם יש השלמה מצד הבעלים היתרה התורה לזכות בחפץ.

ולפי"ז שפיר אפשר להבין דין דיאוש שלא מדעת דס"ל לרבא דהוי יאוש, דכיון שזה דין בחפץ אין אנו צריכים את דעת הבעלים בפועל, והיינו דהא דאיכא היתר זכיה רק אם נתייארשו הבעלים, זה משום שרק אם יש השלמה למצב מצד הבעלים, רק בזה אמרה תורה שחפץ במצב כזה איכא היתר זכיה, ולכן שפיר יש לדון דאילו הוי ידע הבעלים היה מתייארש, דהרי בעצם ל"מצב" כזה איכא השלמה מצד הבעלים, שהרי למצב כזה [מצב של אבידה] הבעלים מתייארשים, אלא שבפועל הבעלים אינו יודע שהחפץ נאבד ממנו, אבל בעצם למצב אבידה איכא השלמה מצד הבעלים, ולכן שפיר איכא היתר זכיה, דהרי החפץ הוי במצב של אינו ברשותו והבעלים מסכימים ומתרצים למצב כזה, ולא בעינן שישלים בפועל על אובדן חפץ זה.

מישא"כ אם לא אמרינן דיאוש הוי דין בחפצא, אלא דגזה"כ שאם הבעלים מתייארשין איכא היתר זכיה, בזה לא שיין לומר שבעצם במצב אבידה איכא השלמה מצד הבעלים, דהא המחשבה של הבעלים הוא פועל את החלות, שע"י שיש לו מחשבה של יאוש נעשה חלות יאוש בחפץ וזה יוצא מרשותו, והי כמו בהפקר ומתנה,

שפשוט שלא שייך לומר בזה דמועיל שלא מדעת.¹

ולפי"ז יש לדון בשיטת אביי דס"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, מאי ס"ל, ודוחק לומר שנחלק אביי על הנ"ל וס"ל דיאוש לא הוי דין בחפצא ולכן צריך שיהיה יאוש בפועל על החפץ, ולא סגי בזה שאילו הוי ידע היה מתייאש, דדוחק לומר שנחלקו אביי ורבא בדבר בגדר של יאוש.

ויותר נראה לומר, דודאי אף אביי מודה בגדר יאוש שזה דין בחפץ וכן"ל, ומ"מ ס"ל בעינן יאוש בפועל על החפץ, ולא סגי בזה שבעצם איכא השלמה מצד הבעלים למצב כזה. משום דאביי סבר דבמקום דבעינן התרצות מצד הבעלים למצב ודבר מסוים, אין אנו מסתכלים על "הרצון הכללי" של האדם שבעצם הוא משלים למצב כזה, אלא צריך שיהיה "רצון פרטי" על החפץ, וסברא הוא בהתרצות, שלא מועיל זה שאנו אומרים שבעצם הוא מתרצה למצב כזה, אלא דבעינן התרצות בפועל על החפץ, ולכן כל זמן שלכא התרצות בפועל על החפץ ליכא היתר זכיה של יאוש, ולכן לא מועיל

יאוש שלא מדעת. ואכן אין זה מח' דוקא בדין יאוש, וכמו שמוכח מהגמ' שמדמה ג"כ תרומה למח' אביי ורבא וכן מה שמדמין הראשונים את הסוגיא של מרי בר איסק, אלא הוי מח' יסודי בדין "התרצות", האם בעינן דעת פרטית בפועל על החפץ, או דסגי בזה שיש דעת כללית בעצם על מצב כזה, וע"ע בהמשך.

וכן מדויק שפיר לשון הגמ' בשיטת רבא "דהא לא ידע דנפל מיניה", דלכאורה אם אמרינן דסברת אביי הוא משום דחלק על רבא בגדר יאוש וס"ל דיאוש בעינן מחשבה והתרצות בפועל, א"כ קצת דחוק לשון הגמ', דהא הוי ליה למימר "שעדיין לא התייאש", ואמאי קאמרה רק "דלא ידע", דאכן זה שלא התייאש הוא משום שלא ידע, אבל אינו אומר את עיקר הדבר "שלא התייאש". אבל לפי הנ"ל אתי שפיר, דגם אביי מודה בעצם דלא בעינן יאוש בפועל וסגי השלמה למצב, אלא דס"ל דהתרצות הוי רק אם איכא התרצות פרטית על החפץ, ולפי"ז מובן הלשון "דהא לא ידע", דכל הבעיה הוא שהוא עדיין לא יודע, והיינו משום דבעצם הרי איכא השלמה

1 ובאמת דאם אמרינן כהגרש"ש לעיל דהבעלים הם נותנים את ההיתר זכיה, אפשר דלא בעינן לכל הנ"ל דיאוש הוי דין בחפצא דאבידה, דהרי לפי הגרש"ש הרי בעינן מהבעלים רק "היתר זכיה" ואת המעשה קנין עושה כבר המוצא. ואפשר דבזה שייך לומר דמועיל שלא מדעת, ועי' לקמן מה שנכתוב מענין זה. [משא"כ אם אמרינן דלא כהגרש"ש, דההיתר זכיה הוי מצד הבעלים, מוכרחים לפרש כנ"ל, דהרי בעצם זה כמו כל חלות הפקר ומתנה שפשוט שלא מועיל בזה שלא מדעת. דהגם דאכן ההיתר זכיה לא בא מהבעלים ממש כהגרש"ש אלא שזה גזה"כ ודין התורה, אבל עדיין אם אין אנו אומרים שזה דין במצב של חפץ האבוד, נמצא שהבעלים ע"י מחשבתו הוא עושה את החלות, וא"כ הוי כמכר ומתנה שפשוט שלא מועיל שלא מדעת].

מתייאר, דמימר אמר מכדי איניש אחריני לא
הוי בהדאי אלא האי, נקיטנא ליה ואמינא
ליה אנת הוא דשקלתי. ושיטת רש"י הוא
שכל זה הוא רק לפי אב"י, דלפי רבא דיאוש
שלא מדעת הוי יאוש א"כ ה"נ הרי אלו שלו,
דהא בסוף כשיראה שהשני אינו מודה לו הרי
הוא יתייאר ויאוש שלא מדעת הוי יאוש.

אולם תוס' חולקים בזה על רש"י וס"ל
שאף לפי רבא חייב להכריז דלא הוי
יאוש שלא מדעת. ודברי התוס' בזה הוא,
שהוא אינו מתייאר לעולם, דליכא שום
מצב שיחליט להפסיק לתבוע את השני.
ומבאר הקה"י בדעת התוס', דס"ל לתוס'
דלפי רבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש, זה
רק בדבר שהוא עתיד לדעת מזה, אבל דבר
שאינו עתיד לדעת מזה כלל בזה מודה רבא
דלא הוי יאוש, דהא דאמרינן דאילו הוי ידע
זה רק בדבר שהוא עתיד ועשוי לדעת מזה.
[ועי' בשיעורי הגרד"ל שחולק על הקה"י
בביאור דברי התוס', אבל עי' שם בתוס'
הרא"ש].

ולכאורה מוכח מתוס' שהם חולקים על
הריטב"א הנ"ל, וס"ל דלא בעינן
שיתייאשו הבעלים בפועל.

אמנם צ"ב רב בסברת דבר זה, דלכאורה
אם אמרינן דסברת רבא דיאוש שלא
מדעת הוי יאוש הוא משום דאזלינן בתר
דעת כללית, א"כ מאי אכפת לן שהוא אינו

מצד הבעלים כזה, ונמצא דבעצם איכא יאוש
אלא דבעינן התרצות פרטית, ונמצא שכל
הבעיה הוא חסרון הידיעה.

בשיטת רבא דיאוש שלא מדעת הוי
יאוש, האם בעינן שבסוף יהיה יאוש
בפועל

והנה יש לדון בשיטת רבא דיאוש שלא
מדעת הוי יאוש, האם זה רק בדבר
שעתיד הוא לדעת ועתיד הוא להתייאר, או
דאמרינן בכל אופן דאילו הוי ידע היה
מתייאר הרי זה יאוש.

איתא בריטב"א בסוגיין (בד"ה כי פליגי
בדבר) להדיא, דלפי רבא לא בעינן
שיתייאש למעשה בפועל [וכגון באופן
שנאבדה לו אבידה ולא נודע לו עד שמת].
ובאמת שלפי ההסבר הנ"ל בשיטת רבא אתי
שפיר, דהרי כל הסברא הוא שלרבא אזלינן
בתר דעת כללית כי כן הוא ההתרצות של
הבעלים למצב כזה, וא"כ מאי אכפת לן שלא
יידע בסוף, [דאם למשל היו אומרים בשיטת
רבא כעין דין דכל העומד לזרוק כזרוק דמי
היה מקום לומר דבעינן בסוף שיתייאש].

אבל לכאורה מתוס' לקמן מוכח להדיא
דלרבא אמרינן דיאוש שלא מדעת הוי
יאוש רק באופן שהוא עומד להתייאר,
דלקמן בגמ' (כו:) אמרינן שהרואה סלע
שנפל משניים חייב להכריז משום שהוא אינו

שהמח' אביי ורבא לא הוי מח' דוקא ביאוש, אלא דהוי מח' כללית בש"ס, וכמבואר לעיל שנחלקו בגדר "התרצות", האם סגי בהתרצות כללית דאילו הוי ידע, או דבעינן התרצות פרטית. אולם יש לברר באיזה סוג התרצות ובאיזה מחשבה איכא מח' אביי ורבא.

ונראה שיש בזה ג' דרגות: א - בחלות ממש כגון במכר ומתנה וכדומה דבעינן מחשבה שפועלת חלות, בזה פשוט שלא שייך כלל לומר שיחול שלא מדעת.

ב - בדבר שצריך רק התרצות, שכדי לעשות איזה פעולה אנו צריכים לדעת שיש התרצות מהבעלים, שהבעלים ניחא להו ורוצים בזה, פשוט לכו"ע שמועיל אף שלא מדעת כיון שלא בעינן שום חלות, אלא צריך רק שבמציאות יתרצו הבעלים לזה. וכגון להקנות מתנה לחברו שלא מדעתו מדין זכין. דהנה קיי"ל דזכין לאדם שלא בפניו, שאפשר להקנות חפץ לחברו ולהכניסו לרשותו שלו שלא מדעתו וזה נעשה שלו לכל דבר. ופשוט שאם בשעה שנודע לבעלים מהמתנה מחה והתנגד לזה לא חל המתנה, שא"א להקנות דבר לאדם בע"כ. אלא אם הוא מסכים למתנה הרי זה נעשה שלו למפרע משעת קנין. ולכאורה יש להביא ראיה מכאן לגבי

עתיד להתיימש בפועל, והא ודאי אם הוי ידע היה מתיימש, וצ"ב.²

ואולי באמת אף תוס' מודים להריטב"א שלא צריך שיתיימש בסוף בפועל, אלא דס"ל לתוס' שצריך שיהיה אבידה שעשוי להתוודע לבעלים שנאבדה, ולאפוקי באבידה שאינו עשוי בעצם להתוודע לבעלים בזה לא אמרינן דיאוש שלא מדעת הוי יאוש. אולם עדיין צ"ב בסברת הדברים.

והנה זה פשוט דאף לפי תוס' לא בעינן שיתיימש בפועל ממש, דודאי לכאורה אף תוס' מודים להריטב"א דלא בעינן יאוש בפועל ממש, אלא דס"ל לתוס' דהא דאמרינן דיאוש שלא מדעת הוי יאוש משום דאילו הוי ידע היה מתיימש, זה רק בדבר שלעתיד ייודע לו, אבל דבר שלא יידע לעולם ואינו עתיד כלל לדעת מזה לא אמרינן בזה דיאוש שלא מדעת הוי יאוש.

באיזה חלות ובאיזה מקומות שייך מח' אביי ורבא

מצינו בסוגיין שמדמים מח' אביי ורבא גם לסוגיות אחרות [הגמ' מדמה את הסוגיא של תרומה, ותוס' והראשונים מדמים את הסוגיא של מרי בר איסק]. ורואים מזה

2 ומן הראוי לציין לדברי הראב"ד שמוכא בשיטמ"ק (כא: בד"ה כתב ראב"ד) וז"ל: "הך פלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת קשיא לי, דשייכא ליש ברירה ואין ברירה, ולפלגי בעלמא, אלא שיש למבין להפליגו מענין ברירה", ע"כ. ומבואר מדבריו שביאוש שלא מדעת מחמת היאוש שבסוף קאתינן עליה, דאל"כ אין לזה שום דמיון לסוגיא דברירה, וא"כ מובן שפיר דבעינן שיתיימש בסוף בפועל, אבל עדיין תקשי לך מאי סברא הוא לומר שמשום שיתיימש בסוף מהשתא כבר הוי יאוש. וצ"ע.

יודעים בברור שזה מציאות שהוא רוצה. משא"כ היכן שאנו צריכים דעת ומחשבה שהוא מסכים, בזה שייך שפיר לומר דאע"ג שאנו יודעים שיש הסכמה והתרצות כללית שהרי אילו שאלנו אותו ודאי היה מסכים, מ"מ בעינן דעת ומחשבה פרטית.

והא דאמרינן דביאוש בעינן מחשבה של הסכמה, ולא אמרינן שגם ביאוש בעינן רק התרצות שיהיה התרצות מצד הבעלים למצב כזה, אפשר להסביר דבאמת כל מקום שאמרה תורה דבעינן התרצות והשלמה של בעלים, אנו אומרים דבעינן מחשבה של הסכמה ולא סתם שיהיה רצון, דהרי התורה אומרת שבעינן שירצה, ולכן צריך מחשבה של הסכמה. משא"כ במקום שאין דין התורה שיהיה התרצות, וכגון גבי זכין שאין דין שהבעלים צריך להסכים, אלא שבלי שיהיה התרצות מצד הבעלים א"א להקנות לו שום דבר, בכה"ג נחלקו אב"י ורבא אם בעינן ג"כ דעת פרטית. [וכן למשל גבי גזילה, שכ' לקמן שיש אומרים שגבי גזילה לכו"ע מועיל התרצות שלא מדעת, משום שאין זה דין בתורה דכדי להשתמש בחפץ חברו צריך שיהיה התרצות מצד הבעלים, אלא דאיכא איסור גזילה להשתמש בחפץ חברו, ואם הבעלים מתרצים ואינם מקפידים הרי תו ליכא איסור גזילה, ואין זה דין שצריכים

הסוגיא של יאוש שלא מדעת, שהרי זה ממש דומה לנידון דידן גבי מציאה דאמרינן שהמתנה חל משום שוודאי ניחא ליה ורוצה במתנה, ואע"פ שעדיין אינו יודע מזה בפועל. אולם התירוץ על זה פשוט, שלגבי הקנאת מתנה לאחר לא בעינן שיהיה מצידו שום חלות, אלא צריך רק התרצות למתנה שירצה במתנה זו. וגבי "רצון" נתבאר לעיל שמועיל אף שלא מדעתו, וכאמור.³

ג - ומח' אב"י ורבא הוא לגבי "הסכמה", באופן שצריך שיהיה הסכמה מצד הבעלים ולא רק התרצות בעלמא אלא בעינן "הסכמה", שיש לבעלים מחשבה ודעת להסכים לדבר זה, וכגון גבי יאוש שאין זה רק התרצות בעלמא למצב האבידה, אלא בעינן דעת והסכמה לזה שהם מסכימים ומשלימים למצב האבידה זו. רק בכגון דא נחלקו אב"י ורבא אם אזלינן בתר דעת כללית, שאילו היה יודע היה מסכים, או דבעינן דעת פרטית.

והחילוק בין "התרצות" ל"הסכמה" יש לבאר, שיש הבדל גדול בין "רצון" ל"דעת", דרצון הוי מציאות האם האדם רוצה או לא, ובזה פשוט דמועיל אפי' שלא מדעת - שהרי זה מציאות שהוא רוצה, ומאי שייך לומר דבעינן שירצה באופן פרטי, והא אנו

3 והא דבעינן פסוק בתורה למילף דין זכין ולא ידעינן להו מסברא, משום דלולא חידוש התורה של זכין הוה אמרינן שלא שייך לעשות מעשה קנין ולקנות בשביל אחר, שהעושה מעשה קנין אינו קונה אלא בשבילו ולא שייך שיקנה בשביל אחר אלא א"כ הוא שלוחו ודין הוא בהלכות קנין. וחידשה תורה בזכין ששייך לעשות מעשה קנין ולקנות בשביל אחר, אלא דעדיין בעינן שיהיה ריצוי לזה מצד הבעלים.

שליחות, דמוכח מהגמ' שלאביי לא מועיל שליחות שלא מדעת, ואם כל זכיה הוי מדין שליחות א"כ לאביי לא יועיל כל זכיה שבתורה, דהרי מבואר כאן בגמ' אביי דס"ל לאביי דשליחות שלא מדעת לא הוי שליחות.

הרי לן להדיא שהקצות למד דגם בהו"א סברה הגמ' דהתרומה הוי מדין שליחות, וס"ל לגמ' דלרבא שליחות שלא מדעת הוי שליחות ולאביי לא הוי שליחות, ומסקינן בגמ' דשויה שליח להדיא. ומביאה הגמ' הוכחה דאף לרבא צריך לומר כך שמינהו להדיא ולא מועיל שליחות שלא מדעת, מדדרשינן מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, וגזה"כ הוא. [ולכאורה הוא גזה"כ בכל התורה כולה, דהא דאמרינן שמועיל שליחות זה רק מדעת, ואפי' דבעצם היה מועיל שלא מדעת, כמו יאוש שמועיל שלא מדעת].

ודבר זה שהבין הקצות שהגמ' מדמה שליחות ליאוש שלא מדעת צ"ב רב, דלכאורה מה ענין שליחות ליאוש, והא יאוש הוי רק התרצות, ולכן שייך לומר לרבא שיועיל אף שלא מדעת, אבל שליחות הרי הוי חלות כמו כל חלות שבתורה כמכר ומתנה, דהרי צריך חלות של "מינוי שליחות", ומה שייך לומר בזה שיועיל שלא מדעת, ואטו נאמר שלפי רבא יועיל מכר ומתנה שלא מדעת, [ואולי אפשר לומר דאכן מינוי שליחות לא הוי חלות ממש כמו כל חלות, ודו"ק בזה].

שיהיה התרצות מצד הבעלים ולכן מועיל אף התרצות שלא מדעת, ועי' בהמשך].

ועתה נבוא לבאר בעזה"ת בכל מקום בסוגיין, היאך זה שייך למח' אביי ורבא.

סוגיא דתרומה

בגמ' (כב.) ת"ש כיצד אמרו התורם שלא מדעת תרומתו תרומה, הרי שירד חברו וליקט ותרם שלא ברשות וכו', וכי נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה אמאי, בעידנא דתרם הא לא הוה ידע. תרגמה רבא אליבא דאביי דשויה שליח וכו' עד סוף הסוגיא. מבואר בגמ' דלפי ההו"א שייך בתרומה מח' אביי ורבא באופן שאחד תורם את של חברו שלא מדעתו ואח"כ הוא מסכים, דלרבא הוי תרומה משום דהוי כייאוש שלא מדעת. במסקנת הגמ' מוקמינן דשויה שליח להדיא, והגמ' מביאה הוכחה דבעינן שיהיה מינוי שליחות בהדיא אפי' לרבא, משום דדרשינן אתם גם אתם, מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם.

והנה לא מבואר בגמ' מה הייתה סברת ההו"א מאיזה דין הוא תורם תרומה בפירות חברו, ולכאורה אפשר לומר בזה ג' מהלכים.

מהלך הקצות בסוגיא דתרומה

הקצוה"ח (ק"ה סק"א) מוכיח מסוגיין שאי אפשר לומר דזכיה מדין

ס"ל לגמ' דאפשר מדין זכין דסגי בזכות כזה, ועי' שם ברעק"א מה שמבאר] ולפי"ז נמצא דאכן ליכא הו"א בגמ' דאמרינן דלפי רבא מועיל שליחות שלא מדעת, אלא רק על זכיה, ואכן חלות שליחות לא שייך בזה כלל שלא מדעת.

ובתירוצו הגמ' אפשר לומר, דהגמ' מוכיחה דע"כ אף לרבא צריך לומר דאיירי דשוויה שליח ולא מועיל זכין, משום דאיכא גזה"כ דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, ולכן לא מועיל בזה זכין [נפשוט דהוי גזה"כ רק בתרומה ולא בכל התורה כולה]. ורעק"א אומר מהלך אחר בתירוצו הגמ', דמשום דלא הוי זכות גמורה לא אמרינן בזה דין זכין. [ונפק"מ באופן דהוי זכות גמורה בתרומה הרי יועיל בזה זכין, וזה נוגע לגבי שיטת הרמב"ן והרמב"ם, ועי' לקמן בענין זה בהרחבה].

אבל על מהלך זה של זכיה קשה כמה דברים, קודם כל צריך להבין אמאי זה הוי בכלל "זכות", דהא דין זכין הוא הרי רק בדבר שהוא זכות לאדם [ובדבר שאינו זכות לא מועיל אפי' אם אומר אח"כ שהוא רוצה], ולכאורה הפרשת תרומה לא הוי זכות, דהא במילא הרי הוא צריך להפריש תרומה, ומה הוא מרוויח מה שהאחר תורם, ולהיפך הרי הוא מפסיד שהוא אינו יכול לקיים את

ועוד יש לדון בשיטת הקצות דאכן מדין שליחות אין זה מועיל משום דהוי שליחות שלא מדעת, אבל אמאי אין זה יועיל מדין זכין, דהא לכאורה ודאי אביי מודה דמועיל זכין אפי' שלא הוי שלא מדעת [ובפשטות זה משום דזכין הוי גזה"כ מיוחדת].

אפשר לומר שזה משום ב' סיבות: א - בפשיטות אפ"ל דס"ל להקצות שבאמת תרומה אין זה זכות שנאמר גביה דין "זכין"⁴. ב - עוד אפ"ל דהקצות לשיטתו בסי' רמ"ג סק"ח שמביא מהרשב"א בנדרים דרק זכין "לאדם" אמרינן אבל לא אמרינן זכין "מאדם", ותרומה הרי הוי זכין "מאדם".

מהלך רעק"א בסוגיא דתרומה

רעק"א לומד [מכח קושיא על הרמב"ן בגיטין, ועי' לקמן אודות עניין זה] דההו"א של הגמ' הוא דיכול לתרום מדין "זכיה" ולא מדין שליחות, דס"ל לגמ' בהו"א שאפשר לתרום פירות של חברו מדין זכיה, ומכיון דהוי שלא מדעת הרי זה תלוי במח' אביי ורבא, דרק לפי רבא זה מועיל משום דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש. ובמסקנא אומרת הגמ' דאיירי דשוויה שליח וזה לא הוי מדין זכיה, דלא מועיל בזה תורת זכיה. [ומשום דלא הוי זכות גמורה, ובהו"א

4 אבל אם נאמר כראשונים לקמן דשיטת רבא דיאוש שלא מדעת הוא רק בדבר שעומד לכך, וא"כ ע"כ צ"ל דבתרומה זה ג"כ עומד שהבעלים יסכימו לכך, א"כ א"א לומר דלית ביה דין זכיה, דהרי זה עומד שהבעלים יסכימו לתרומה, ואפשר לומר כך רק לפי שיטת התוס' שם, ודו"ק בזה.

זכין כלל [וא"כ היה אפשר לגמ' להקשות על אביי מכל תורת זכין]. ואף למסקנא הוא כך, דהרי למסקנא אמרינן דאיכא גזה"כ בתרומה דלא מועיל זכין, ולכן לא קשה על רבא, אבל לאביי הרי לא קשה כלל משום דלא מועיל כלל זכין, וזה קשה מאוד.

ואפשר ליישב לפי המהלך של רעק"א [שכל תירוץ הגמ' הוא דלא מועיל בזה זכין משום שלא הוה זכות גמורה], דאכן ודאי מועיל תורת זכין לאביי, ואין זה יאוש שלא מדעת וכמו שהתבאר לעיל, אלא רק הכא בתרומה דלא הוה זכות גמורה רק בזה איכא בעיה של יאוש שלא מדעת, אבל זה דחוק מאוד בסברא, ודו"ק. ובאמת שרעק"א עצמו ג"כ אומר שזה לא זכות גמורה, דהא זהו כל תירוץ הגמ' שכיון דלא הוה זכות גמורה לא מועיל בזה זכיה ואפשר רק מדין שליחות, אלא דהוה קצת זכות ולכן סברה הגמ' בהו"א שיועיל מדין זכיה.

אבל צ"ב גם על זה אמאי הוה בכלל קצת זכות, והא אין הבעלים מרוויחים מזה כלום. ובשיטה (בד"ה "אמאי בעידנא דתרם", בשם שיטה) מוזכר סברא דניחא ליה לאדם שפירותיו יהיו מופרשין כדי שלא יבוא לידי מכשול. והיינו דאכן ודאי בעצם אינו מרוויח כלום בזה שאחר תורם בשבילו, אלא דאמרינן דכל מה שמתקנין את הפירות

המצוה. [דבשלמא בתורם משלו על של חברו יש מקום לומר דהוה זכות, דהרי הוא מרוויח מזה פירות, ואפ"ה יש אבעיא בנדרים (לו): אם הוה זכות או לא, שיש מקום לומר דאפי' שהוא מרוויח פירות מ"מ אין זה זכות בשבילו, משום שהוא רוצה בעצמו לקיים את המצוה] ועי' לקמן מעניין זה.⁵

ועוד קשה לפי מהלך זה, דאמאי תלוי כלל במח' של אביי ורבא גבי יאוש שלא מדעת, והא גבי זכין בפשטות בעינן רק התרצות מצד הבעלים, ואם אנו יודעין שהבעלים רוצין איכא דין זכין, והא בודאי לא בעינן גבי דין זכין שיהיה הסכמה ומחשבה של התרצות מצד הבעלים. [שהרי לא אמרה תורה דאם איכא התרצות מצד הבעלים איכא דין זכין, כמו שאמרה תורה ביאוש שאם יש התרצות מצד הבעלים איכא דין יאוש, דהרי דין זכין הוא, שאם יש דבר דהוה זכות לבעלים שהבעלים רוצין זאת איכא דין זכין, וא"כ הרי זה תלוי במציאות אם הבעלים רוצים או לא, ומה שייך לומר דס"ל לאביי דבעינן התרצות פרטית].

ועוד יש להקשות למהלך זה, דלפי"ז נמצא דמבואר בגמ' דלאביי לא מועיל זכין משום דהוה כיאוש שלא מדעת, וא"כ נמצא דלא מועיל כלל תורת זכין לאביי, ואטו חולק אביי על כל תורת זכין וס"ל דליכא דין

5 והנה רעק"א עצמו מבאר דהא דיהני מדין זכין הוא משום דאח"כ כשהוא מסכים לתרומה מתברר שזה היה לו זכות. אבל צ"ב האם מהני דין זכין בדבר שאינו זכות בעצם אלא שיתברר אח"כ שהבעלים רוצים אותו. ונראה שזה תלוי במח' הקצות והנתיבות בסי' קצ"ה, ועיי"ש.

מוקדם יותר, הרי זה עדיף טפי שהרי פירות טבל יש בהם מכשול, שמא יבוא לאוכלם קודם הפרשה. [והשיטה עצמו אומר סברא זו לענין אחר, כדי לומר שתרומה הוי כדבר שאין בו סימן לגבי יאוש שלא מדעת, ועי' לקמן].

ולכאורה לפו"ר אפשר להוכיח מהסוגיא בנדרים דהתורם משל חברו על של חברו לא הוי כלל "זכות", דהרי שם בגמ' מבעיא לן בתורם משלו על של חברו האם הוי זכות או לא, ולכאורה כל הצד בגמ' שזה הוי זכות הוא משום שהוא אינו תורם מן הפירות שלו, ונמצא שהוא מרוויח פירות, ואפ"ה איכא צד בגמ' שזה לא זכות עבורו משום שהוא רוצה בעצמו לקיים את המצוה אע"פ שהוא מרוויח פירות. אבל כשאחד תורם מפירות שלו משמע דפשוט שאין זה זכות דהרי אינו מרוויח כלל פירות. אולם נראה שאין זה ראייה, שאפשר לומר דבאמת בתורם משל חברו על של חברו פשוט דהוי זכות, אלא דבתורם משלו על של חברו איכא צד לומר דהוי חובה משום שאדם רוצה לעשות מצוה ב"ממונו" בפירות שלו.

ובאמת נראה שמוכח מדברי הרשב"א בנדרים (שם) דתרומה משל חברו על של חברו הוי זכות, דשם בסוגיא מבעיא לן לגבי התורם משלו על של חברו האם הוי זכות או לא, ומקשה הרשב"א דאפי' על הצד שזה זכות היאך הוא יכול לתרום - הא איכא גזה"כ דבעינן שליחות לדעת. ומביא

הרשב"א דרשא שמוזכר בסוגיין דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, ומוכיח מזה הרשב"א דלא מועיל זכין בתרומה. ולכאורה מה ראייה היא זו, והא אם הפרשת תרומה לא הוי כלל זכיה א"כ מהיכי תיתי שלא מועיל זכיה בתרומה, ודילמא באמת היכא דהוי זכיה זה מועיל וכגון במפריש משלו על של חברו, והא דאמרינן בסוגיין דאיכא גזה"כ דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם לא אתי לאפוקי תורת "זכין", דהא במפריש משל חברו על של חברו לא הוי כלל זכות ולא שייך בזה כלל לדון מתורת זכין [דהרי כל המקור לדרשא זו הוא הכא בסוגיין, והכא הרי איירי במפריש משל חברו על של חברו. וא"כ מה מקשה הרשב"א על הסוגיין התם, והא התם איירי במפריש משלו על של חברו שזה זכות. [ואם הרשב"א היה לומד שזה הוי זכות כלל, א"כ ע"כ דכל הגזה"כ אינו בא להפקיע כלל את דין זכין, וע"כ שבא להפקיע דין אחר, והיינו שלמד את ההו"א הכא בסוגיין או כהקצות דלעיל או כמו מהלך ג'], אלא ע"כ שהרשב"א הבין דאף הפרשת תרומה משל חברו על של חברו נמי הוי זכות לאדם.

[ובדרך אגב, הרשב"א למעשה מתרץ דמועיל לתרום מדין זכין, אלא דבאלו מציאות לא מהני מדין זכין משום שתורם משל חברו על של חברו, וכמו שכבר נודע דברי הקצות בסי' רמ"ג דכוונת הרשב"א הוא לומר דאין זכין מאדם אלא זכין לאדם, וא"כ צ"ל דהרשב"א לומד את

ההו"א בגמ' כמו הקצות דהוי מדין שליחות, או כמהלך השלישי לקמן].

התרצות מצד הבעלים, ועל התרצות זו נחלקו אב"י ורבא.

מהלך שלישי בסוגיא דתרומה

אפשר לבאר עוד בביאור ההו"א של הגמ', דלא הוי לא מתורת שליחות ולא מתורת זכין, אלא דאיכא הו"א בגמ' לומר שבתרומה לא בעינן כלל שהבעלים יתרמו. והיינו דהנה בסוגיין וכן בסוגיא בקידושין מבואר דבתרומה בעינן לדין שליחות, דבעצם רק הבעלים יכולין לתרום והם יכולין למנות שליח על זה, דתרומה הוי כמו כל חלות שאדם עושה בחפציו, שפשוט שרק הבעלים יכולים לעשות את החלות בחפץ. אבל יש מקום לומר דבתרומה דבאמת אכן לא בעינן כלל את הבעלים להפריש תרומה, שתרומה הוי דין בחפצא, וזה כמו שחיטה שפשוט שאם שחט אדם בהמת חברו הרי חל השחיטה, וכמו"כ תרומה נמי הוי דין בחפצא של הפירות, דפירות טבל איכא דין תרומה. [וזה דחוק מאוד, דהא למעשה הוי חלות ממון כמו כל חלות, שהרי הוא מחיל חלות על הפירות שיהיו תרומה והיינו שזה נהיה ממון כהן. ואולי אם נאמר דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיינן, והיינו שיש כבר פירות תרומה ששייך לכהן וההפרשה הוי רק מדיני יו"ד שצריך להפריש את התרומה מהפירות], ולכן לא בעינן בתרומה לא שליחות ולא זכין, וס"ל לגמ' בהו"א שה תלוי במח' אב"י ורבא, משום דאפי' דלא בעינן את כח הבעלות מ"מ בעינן שיהיה

ולפי"ז יבואר תירוץ הגמ' בפשיטות, דהגמ' מוכיחה דאף לאב"י איירי דשוויה שליח משום דבעינן בתרומה את הבעלים ואין זה סתם דין בחפצא, ונמצא לפי"ז שהוכחת הגמ' הוא מזה דבעינן כלל למילף שליחות בתרומה. [דאם לא בעינן כלל בתרומה את הבעלים א"כ לא בעינן כלל תורת שליחות] ואין הראיה כלל מההיקש דבעינן לדעתכם, דמזה לחוד דבעינן לרבות שליחות בתרומה, אנו כבר רואים שיש דין בעלים בתרומה. וזה דחוק, דבגמ' משמע דמוכיחים מההיקש דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם.

אבל על מהלך זה נמי תקשי לך, דמה ענין התרצות זו למח' אב"י ורבא, והא זה ברור שלא נחלקו אב"י ורבא בכל מקום שצריך התרצות מצד הבעלים, דהא התרצות זה דבר התלוי במציאות, ורק במקום שבעינן שיהיה הסכמה, וכמבואר לעיל.

לסיכום: נמצאנו למדים שיש ג' אפשרויות בביאור ההו"א של הגמ' שהתורם תרומה בשביל חברו שלא מדעתו תלוי במח' אב"י ורבא, משום א) שליחות. ב) זכיה. ג) דתרומה הוי דין בחפצא וצריך רק הסכמה מהבעלים. ולפי כל המהלכים טעון עדיין ביאור מה השוותה הגמ' סוגיא דתרומה למח' אב"י ורבא.

מח' הראשונים וח' הש"ך בסוגיא דמרי
בר איסק

בגמ' (כב.) אמימר ומר זוטרא איקלעו
לבוסתנא דמרי בר איסק אייתי אריסיה
תמרי ורימוני ושדי קמיהו, אמימר ורב אשי
אכלי מר זוטרא לא אכיל, אדהכי אתא מרי
בר איסק אשכחינהו וכו' עד סוף הסוגיא.

והנה בביאור סוגיין יש לדון מאיזה דין אכל
רב אשי מהפירות.

מבארים הראשונים (תוס', רמב"ן, רשב"א,
ריטב"א, ועוד), דרב אשי סבר
שהאריס הביא מפירות ידיה ולא מפירות
בעל הבית, ואכן אם אנו יודעים שזה מפירות
בעה"ב ליכא שום היתר בזה. ובזה נחלקו רב
אשי ומר זוטרא האם איכא למיחש שמביא
האריס פירות בעל הבית או לא.

אולם מבואר בראשונים (תוס' בסוגיין
ובריטב"א חדשים), דבעצם אפי' אי
ידעינן שמביא מפירות בעה"ב, הרי זה תלוי
במח' אביי ורבא ביאוש שלא מדעת [באופן
דידעינן שבא בעה"ב בסוף ואומר דניחא
ליה], לפי רבא אם אני יודע שהבעלים
יסכימו הרי זה מותר ומועיל אפי' שלא
מדעת, דהוי כמו יאוש שלא מדעת דס"ל
לרבא דהוי יאוש. אלא שאי אפשר לומר דזה
הוי סברת רב אשי שאכל, משום דאנן פסקינן
ליה כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש,
וא"א לומר דס"ל לרב אשי דלא כהילכתא.

עכ"פ מבואר בראשונים דבסוגיא דמרי בר
איסק נמי שייכא מח' אביי ורבא,
וצריך לדון בזה, דלכאורה מאי שייכא להכא
סוגיא דיאוש שלא מדעת.

וידוע שיטת הש"ך (סי' שנ"ח סק"א), דהכא
אין זה תלוי כלל במח' אביי ורבא,
משום דהכא הוי רק התרצות להשתמש
ולאכול מנכסיו, וליכא הבעיה של באיסורא
אתי לידיה, ומצאתי שכן מפורש במאירי
בסוגיין (בד"ה "גלוי הדעת") ועיי"ש בדבריו.

מהלך העונג יו"ט בביאור שיטת הש"ך

ויש לדון במח' הראשונים בענין זה, ומה
הסברות בזה. והנראה, דהנה הכא
בסוגיא איירי בענין היתר אכילה מפירות
חברו, והיינו דלא איירי הכא לגבי קנין
לקנות חפץ מחברו, אלא דאיירי הכא לאכול
מפירות חברו, ובעצם מצד הבעלים אנו
צריכים שיהיה התרצות ושלא יקפיד שהאחר
יאכל מפירותיו. ולכאורה בפשטות מובן
שיטת המאירי והש"ך, דהרי לגבי דבר זה
שאנו צריכים התרצות מהבעלים כדי
להשתמש או לאכול מחפציו, לכאורה סגי
בהתרצות בעלמא שצריך לדעת במציאות
האם הבעלים מתרצים ואינם מקפידים בזה
או לא, ובפשטות אין צריכים שיהיה מחשבה
של התרצות והסכמה לדבר זה, דהרי אין זה
דין בתורה שצריכים התרצות הבעלים לזה,
אלא דאיכא איסור גזילה להשתמש ולאכול

גזילה, אלא רק אם יש הבעלים מסכימים ויש להם מחשבה של התרצות שאחר יאכל מנכסיהם. ורק משום הכי זה תלוי במח' אביי ורבא, וכמו ביאוש דבעינן הסכמה והשלמה למצב מצד הבעלים, ונחלקו בזה אביי ורבא אם סגי התרצות כללית שאילו היה יודע היה מסכים או דבעינן התרצות פרטית כאביי, וכמו"כ הכא לגבי איסור גזילה. אבל חידוש גדול הוא לומר דס"ל לתוס' דאף שבמציאות אין הבעלים מקפידים שישתמשו בנכסיהם מ"מ אין זה מוציאו מאיסור גזילה, אלא בעינן שיהיה הסכמה לכך מצד הבעלים, וצ"ב בזה.

יישוב בשיטת התוס' מקושיית העונג יו"ט

גבי קטן

אולם לכאורה קשה על תוס' מהוכחת העונג יו"ט, דהרי לפי תוס' אין זה

סתם מציאות של התרצות אם מקפיד או לא אלא דבעינן מחשבה של התרצות והסכמה, ולכן זה הרי תלוי במח' של אביי ורבא, דהרי תמוה לומר דלפי תוס' אכן אסור לאכול מנכסי קטן אפי' כשהוא נותן רשות להדיא.

ואין זה קשה כ"כ, דהרי בקטן שהגיע לגיל פעוטות למעשה תיקנו חכמים שיש לו דעת לקניינים, וא"כ פשוט שיש לו דעת גם

חפץ חברו, ובמקום שאינו מקפיד ומתרצה לדבר זה, תו ליכא איסור גזילה, וא"כ אין לזה שייכות כלל למח' אביי ורבא.

ובאמת שכן מבאר העונג יו"ט (יו"ד סי' קי"א בד"ה "וביאור דבריו") בכוונת הש"ך, דלכן ס"ל להש"ך שאף אביי מודה בזה דמועיל שלא מדעת ודלא כהראשונים. ומביא העונג יו"ט הוכחה לזה, מהא דפשיטא שאפשר לאכול מנכסי קטן אם הוא נותן רשות, ואע"ג דקטן אין לו דעת להקנות משלו לאחרים, מ"מ כיון דלא קפיד ומתרצה לזה שיאכלו משלו הרי פשוט שמותר, וע"כ שאנו רואים שאין בזה שום דין דבעינן "הסכמה" מצד הבעלים, אלא רק בעינן שהבעלים יתרצו לא יקפידו על זה, ולכן זה שייך גם בקטן אפי' דלית ליה דעת לקטן בכל התורה כולה.⁶

ובדעת התוס' והראשונים דס"ל שסוגיא זו תלוי במח' אביי ורבא, צ"ל דנחלקו על הנ"ל וס"ל דאפי' דבעינן רק שלא יהיה איסור גזילה, מ"מ לא די בזה שאין הבעלים מקפידים ומתרצים שיאכלו משלהם, אלא בעינן שיהיה הסכמה ומחשבה של התרצות לדבר זה, והיינו שבזה לחוד שהבעלים אינם מקפידים אין זה מוציאו עדיין מידי איסור

6 אולם ראוי לציין לשונו של הש"ך, וז"ל שם: "ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר דיאוש שלא מדעת שאני, שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובע"כ מתייאש וא"כ אמרינן מעיקרא באיסורא אתי לדידה" וכו'. ומשמע מלשונו שעיקר החילוק הוא אם זה בע"כ או מדעתו. שרק בע"כ אמרינן דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, אבל אם הוא רוצה ומסכים לזה אמרינן דמועיל אפי' שלא מדעתו, וצ"ב בסברת החילוק.

שייכא גם בקטן, אלא כוונתו הוא, דהנה זה דאמרינן שקטן אין לו דעת אין הכוונה שאין לו בעצם דעת כלל והוי כשוטה, והא ראיא שיש דברים שמועיל בזה בקטן ועומד על גביו [משא"כ בשוטה שאין מועילים מעשיו כלל ואפי' כשגדול עומד על גביו] וכן המציאות הוא דקטן לא הוי כשוטה, אלא דע"כ כל הכוונה שקטן אין לו דעת היינו שאין לו את הדעת להחליט על מחר ולאחר זמן, דכל דעתו הוא רק על עכשיו, שאין לו את החלק לחשוב גם על לאחר זמן, ולכן אין הקטן יכול להקנות, דבקנין אנו צריכים גמירות דעת שרוצה למכור את החפץ, ומכירת חפץ הרי כולל גם את הלאחר זמן, והיינו שבמכירת חפץ זה מכירה לעולם וא"כ צריך שיהיה לו דעת שרוצה למכור את החפץ וזה לא יהיה שלו לעולם, וקטן אין לו דעת זו, שיש לו רק את הדעת להחליט על עכשיו, שעכשיו הוא רוצה למכור את החפץ. ולכן מובן גם מה שאומר העונג יו"ט, דמכיון דגבי גזילה בעינן רק התרצות ואי הקפדה, ובאמת אכן גם בהתרצות אפשר לומר שבקטן שייך רק התרצות לעכשיו אבל אינו יכול עכשיו לרצות על לאחר זמן, שאינו יכול להחליט עכשיו רצון מסוים שנוגע לאחר זמן [וזה ממש כמו דאמרינן בגמירות דעת של קניינים], מ"מ היא הנותנת, דכיון שאני אומר דגבי גזילה בעינן רק התרצות בעלמא [ולא מחשבה של הסכמה]. והביאור בזה הוא משום שאין אני צריך הסכמה לעולם והתרצות לעולם, אלא מספיק שיש

לזה ליתן רשות לאכול מנכסיו, אלא קשה מקטן שלא הגיע לגיל פעוטות שלפי תוס' יוצא שא"א לאכול מנכסיו אפי' כשנותן רשות. [וכן אפשר להקשות מקטן שהגיע לגיל פעוטות, שמדאורייתא א"א לאכול מנכסיו אפי' שנותן רשות, אבל אין זה קשה כ"כ דאפשר לומר דאה"נ דמדאורייתא אסור].

ולכאורה לפור"ר יש לתרץ על שיטת תוס', דס"ל לתוס' ד"הסכמה" לחוד שייכא אף בקטן, ורק חלות לא שייך בקטן משום דבעינן גמירות דעת, וקטן אין לו גמירות דעת, שהרי גם תוס' מודים שלא בעינן הכא חלות כמו בקניינים, אלא בעינן רק הסכמה לדבר זה, ואולי ס"ל לתוס' דזה שייך אף בקטן, וכמו שאומר העונג יו"ט בדעת הש"ך דלהתרצות בעלמא יש לו דעת לקטן.

אבל נראה דקשה לתרץ כך בדעת התוס', משום דהנה בעצם יש לעיין על תירוצו של העונג יו"ט שאומר ששייך התרצות בקטן, דלכאורה הרי קטן אין לו דעת, ובפשטות לא שייך כלל לחלק ולומר שיש דברים שיש לקטן דעת, וכמו בשוטה שפשוט שאין לו כלל דעת לכולם.

אלא שמעתי לבאר בזה ביאור נחמד בכוונת העונג יו"ט, שאין כוונתו לומר באופן סתמא, דכיון שזה רק התרצות בעלמא ואין צריכים דעת אלימתא אמרינן שזה

אין זה מספיק להוציא מדין גזילה, אלא בעינן מחשבה של הסכמה, אבל בתשמיש לחוד והיינו לגבי להשתמש בנכסי חברו שאינו מכלה מנכסי חברו, אפשר שבוה מודים התוס' לסברת העונג יו"ט, דבהתרצות בעלמא סגי של יהיה איסור גזילה, שאפשר להבין שרק במקום שהוא מכלה את נכסי חברו, בזה אני צריך שיהיה מחשבה של הסכמה לזה, ולא בהתרצות בעלמא דהרי הוא הולך לכלות את החפץ ולאבדו מהעולם, משא"כ שרוצה רק להשתמש בחפץ ועדיין זה יהיה קיים בעולם, בזה סגי בהתרצות בעלמא, [ולמשל יהיה נפק"מ לגבי קטן, שאכן דלפי תוס' יוצא לכאורה שא"א לאכול מנכסי קטן, זה רק לגבי אכילה שמכלו מהעולם, אבל בתשמיש לחוד מודים תוס' שאפשר להשתמש בנכסי קטן אם הוא נותן רשות לזה], וכן הוא מפורש בשו"ע הרב הל' מציאה ופקדון סי' כ"ח.

שיטת המנ"ח דלא שייכא שאלה בקטן,

האם סבר כהש"ך

המנ"ח במצוה ס' (ד"ה "ועיין במחנה אפרים") כותב דמדאורייתא לא שייך כלל דין שאלה מקטן, כי הרי מן התורה אין מעשה קטן כלום, וכל שואל מהקטן הוי ליה כשואל שלא מדעת ודינו כגזלן, עיי"ש בדבריו. ומבואר דס"ל למנ"ח שקטן אין לו דעת ליתן רשות להשתמש בחפציו, ואפי' אם הוא נותן רשות איכא איסור גזילה, והיינו ממש כשיטת התוס',

התרצות לעכשיו, דהיינו שאין אני צריך לדעת שיש לו התרצות עכשיו אבל זה כולל גם התרצות לזה שלא יהיה לו את החפץ לעולם, אלא בעינן רק התרצות לעכשיו, וזה הרי יש בקטן דהא קטן יש לו דעת והתרצות לעכשיו.

אבל כל זה הוא רק לשיטת העונג יו"ט דסגי בהתרצות במציאות, אבל לתוס' דבעינן מחשבה של התרצות והסכמה, והיינו שלא די בזה שאני יודע שהוא רוצה אלא בעינן שיהיה הסכמה לזה, א"כ פשוט הוא שצריכים שיהיה הסכמה שכולל גם את לאחר זמן ולא רק הסכמה לעכשיו. [דלכאורה יש הבדל בין התרצות בעלמא להסכמה, שאם אנו אומרים דסגי בהתרצות בעלמא זה אומר שלא אכפת לנו רק על עכשיו, שאם עכשיו במציאות יש הסכמה מצד הבעלים הרי ליכא איסור גזילה, ואם אנו אומרים שצריך מחשבה של הסכמה זה אומר שצריכים שיהיה גמירות דעת מהבעלים שהוא רוצה ומסכים לדבר זה, והיינו שלקח בחשבון גם את הלאחר זמן, ולא סגי זה שבמציאות הוא מסכים עכשיו].

והנה נראה לומר דאפי' לשיטת התוס' והראשונים, שמבואר דס"ל דגבי גזילה בעינן הסכמה ומחשבת התרצות מהבעלים ולא סגי בהתרצות במציאות בעלמא, מ"מ זה רק הכא גבי "אכילה" מנכסי חברו, והיינו רק שמכלה נכסי חברו, בזה ס"ל לתוס' שזה שיש התרצות בעלמא

לבעלים בהשתמשות זו, מה איסור יש להשתמש שלא ברשות, והא אינו גוזל כלום, דבשלמא כשמחסרו הרי הוא גוזל ממנו, אבל באופן זה שאינו מחסרו כלל, מה איסור יש בזה, ומדוע אסור להשתמש שלא ברשות. וע"כ דהביאור בזה הוא, משום שהוא גוזל ממנו את ה"בעלות" של החפץ, דבעלות היינו שהחפץ הוי שלו ובשליטתו, ואם אינו יכול לעכב אדם מלהשתמש בזה הרי זה חסרון "בבעלות" שיש לו בחפץ, ולכן אם כל האיסור גזילה בזה הוא משום שמחסרו בבעלות, א"כ פשוט הוא שאם הבעלים אינו מקפיד ומתרצה לתשמיש זה, הרי ליכא בכלל איסור גזילה דהא ליכא שום חסרון בבעלות, ופשוט שאין צריך הסכמה ומחשבה של התרצות, דהרי בזה שהוא אינו מקפיד תו ליכא כבר שום איסור גזילה. וכל סברת המנ"ח דבעינן הסכמה, שייך רק באופן שמצד עצם התשמיש יש איסור גזילה [בלי קשר לזה שהוא מקפיד על זה, ויש חסרון בבעלות], ומשום שמחסר את החפץ, בזה שייך לומר דהתרצות לחדד אין מוציאו מידי איסור גזילה אלא בעינן הסכמה, ופשוט הוא.⁸

דהתרצות בעלמא אינו מוציאה מידי איסור גזילה, אלא בעינן שיהיה הסכמה ומחשבה של התרצות, ולכן בקטן שאין לו דעת להסכמה, הרי איכא איסור גזילה אף אם נותן רשות.

ומבואר להדיא מהמנ"ח, שזה גם גבי השתמשות בעלמא ולא רק כשמכלה את החפץ, דהא במנ"ח איירי לגבי "שאלה", והיינו שרוצה לשאול את החפץ להשתמש בו, ומ"מ אומר המנ"ח שאיכא איסור גזילה אפי' שהוא נותן רשות, ודלא כהשו"ע הרב.⁷

אבל נראה דאפי' להמנ"ח יש אופנים דסגי בהתרצות בעלמא ולא בעינן הסכמה, והוא, באופן שמשמש בנכסים וליכא חסרון כלל, וכגון שמשמש בקרקע של חברו, באופן דליכא שחרוריתא דאשייתא וכגון שעובר בשביל שיש בחצר חברו. [ודוקא קרקעות, דבמטלטלין בכל תשמיש איכא חסרון של בילוי, וכמבואר לעיל], דבזה ודאי מודה המנ"ח דסגי בהתרצות בעלמא וזה יועיל אף בקטן, והסברא בזה הוא פשוט, דהנה יש לדון באופן כזה דליכא שום חסרון

7 ואפשר לומר בדעת המנ"ח שבסוגיין לגבי השתמשות שלא מדעת הוא מודה להש"ך שאפשר להשתמש ומשום שגבי היתר תשמיש מועיל אף שלא מדעת וכנ"ל, ודוקא גבי קטן ס"ל למנ"ח שא"א להשתמש משום דס"ל דקטן אין לו דעת כלל וגם לא להתרצות, ולא ס"ל כהעונג יו"ט בזה.

8 ולפי"ז אולי יש מקום לומר שאף גבי מטלטלין בתשמיש מועט ג"כ מודה המנ"ח שאפשר להשתמש בשל קטן אם הוא מסכים, ולא איירי המנ"ח אלא במשתמש באופן שהשימוש ג"כ מחסר את החפץ, ואפי' שאינו מחסר את החפץ לגמרי מ"מ יש בזה חסרון, דבעצם כל השתמשות במטלטלין יש בזה קצת חסרון, שמבלה את החפץ, אבל בהשתמשות מועט אפשר לומר דכיון שזה חסרון מועט ממש ואין זה ניכר על החפץ כלל, בזה סגי בהתרצות בעלמא להוציאו מידי איסור גזילה, ומשא"כ בהשתמשות מרובה שיש בזה

דצ"ב בזה מ"ש נחתא דמצוה דמהני שלא מדעת], וא"כ אפשר דהמנ"ח מודה בזה דניחתא דמצוה שאני, ושם בסוכה הרי איירי במצוה [ובפשטות גם בקטן איכא ושייך נחתא דמצוה והגם שהוא אינו בר חיובא, מ"מ הרי הא דאמרינן דניחא ליה לאיניש למעבד מצוה בממונא אינו משום שהוא מקיים בזה מצוה, אלא משום חביבותא דמצוה, וזה שייך אף בקטן].

שיטת התוס' בקידושין לגבי "היתר זכיה"

איתא בגמ' קידושין (נב:) גבי אריס שקידש אשה שלא ברשות הבעלים, ולאח"כ אמר לו "כלך אצל יפות", ואם נמצאו יפות מהן הוי קידושין, ואומר שם רבא דלא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד.

ובתוס' שם (בד"ה "אם נמצאו") מבואר, דלפי ההו"א דמועיל כלך אצל יפות לא רק בתרומה, מ"מ צריך לומר דאיירי דשוויה שליח, וכמו דמוקמינן בגמ' הכא לגבי תרומה.

ובנחל"ד (הכא בסוגיין) מקשה על תוס' דלכאורה הרי רבא הוא דאיירי שם, ולפי רבא זה מועיל שלא מדעת, דהרי כל זה שהוצרכו לאוקים הכא בגמ' דשוויה

ויש שהקשו על המנ"ח מהגמ' בסוכה (מו:) דלא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא טבא קמא, מאי טעמא דינוקא מקנא קני אקנויי לא מקני ואשתכח דקא נפיק בלולב שאינו שלו. משא"כ בשאר ימי סוכות אפשר שפיר להקנות לקטן ואין בזה משום גזילה [דהרי לולב הגזול פסול בכל ימי החג]. ולכאורה מוכח מהכא דלא כהמנ"ח, שהרי רואים שקטן יכול ליתן רשות להשתמש בשלו.

ואולי אפשר לתרץ ע"פ הנ"ל (בהערה 8), שהשתמשות שאינה מחסרת מודה המנ"ח דשייכא אף בקטן, ולכן גבי לולב שזה השתמשות רק כדי לצאת מצוות לולב שזה השתמשות מועטת בלי שום חסרון מודה בזה המנ"ח.

אבל נראה עוד לתרץ בזה, דניחתא דמצוה שאני ואפי' אביי מודה דמועיל בזה הסכמה שלא מדעת, והוא ע"פ דברי הקצות בסי' רס"ב שמוציא כן משיטת הרמב"ם, וכיון דהוי מצוה מודה המנ"ח דלא בעינן רשות והסכמה בפועל, וכמו שמצינו גבי טלית (או"ח סי"ד) שאפשר לצאת בטלית של חברו שלא ברשותו דניחא ליה לאיניש למעבד מצוה בממוניה. (עי' בט"ז ומג"א שם) והגם דקי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, מ"מ נחתא דמצוה שאני [ובאמת

חסרון בחפץ בזה בעינן הסכמה ולא סגי התרצות בעלמא, והמנ"ח הרי איירי בשואל שאין זה השתמשות מועטת, ובעצם אין הוא חולק על השו"ע הנ"ל, ואולי.

ניחא שפיר דכיון דהוי קנין לא שייך לומר שיועיל שלא מדעת לרבא, ולכן הוצרכו התוס' לאוקים דאיירי שוויה שליח.

משא"כ תוס' ר"י הזקן [והנחל"ד] סבר שליכא שום מעשה קנין מצד הבעלים וכל הקנין הוא רק מצד הקונה, ודו"ק בזה.

והראוני בחידושי רבי שמואל (קידושין סי' י' אות ו') שמבאר במח' תוס' ר"י הזקן ותוס' שנחלקו בגדר דעת מקנה האם בעינן קנין מצד המקנה. [ועיי"ש באריכות דבריו בענין זה].

ואפשר שזה תלוי במחלוקת הידועה של הקצות והנתיבות האם כל קנין הוי רק מצד הקונה או גם מצד המקנה [ונפק"מ אם אפשר לשלוח קטן שיקנה לאחר] ועי' בענין זה בנתיבות בריש סי' קפ"ב ובמילואי משפט שם שנחלקו בזה הקצות והנתיבות.

והנה יש לדון בענין זה, האם שייך דינא דהש"ך בשנ"ג הנזכר לעיל, והיינו האם זה שאומר הש"ך שאפשר להשתמש בממון חברו שלא בידעיתו אפי' לשיטת אב"י, ומשום דגבי היתר תשמיש לכו"ע מועיל שלא מדעת, האם זה רק בהשתמשות גרידא, או שזה גם כדי לקנות את החפץ לגמרי ולא רק כדי להשתמש.

והנה לכאורה אם אמרינן בעינן הקנאה גם מצד המקנה א"כ לכאורה פשוט שלא

שליח הוא לאב"י, אבל לרבא הרי מועיל שלא מדעת, והתם הרי לא בעינן שיהיה איזה קנין או חלות מצד הבעלים, אלא בעינן רק שיהיה הסכמה מצד הבעלים שמבכים שיזכו מנכסיו, והיינו שהתם איירי לגבי נתינת "היתר זכיה" מנכסיו [אמירת "לך חזק וקני"], וס"ל לנחל"ד דנתינת היתר זכיה לא הוי חלות כלל, אלא הסכמה והתרצות לזכות מנכסיו, ולכן זה שפיר תלוי במח' אב"י ורבא של יאוש שלא מדעת, ולכן נתקשה הנחל"ד אמאי צריך התוס' לאוקים דאיירי דשוויה שליח.

ובאמת בתוס' ר"י הזקן שם בקידושין חולק על תוס' וס"ל דלא איירי התם בסוגיין דשוויה שליח ומשום דהוי רבא לשיטתו דיאוש שלא מדעת הוי יאוש, וכשיטת הנחל"ד.

וצריך לדעת לפי תוס', אמאי הוצרכו לאוקים דשוויה שליח, והא לכאורה הרי ליכא שום חלות, ואמאי לא יועיל שלא מדעת לפי רבא.

וצריך לומר בשיטת התוס', דס"ל דכל נתינת רשות לקנות מנכסיו [אמירת "לך חזק וקני"] לא הוי רק הסכמה בעלמא, והמעשה קנין עושה רק הקונה, אלא דס"ל לתוס' דהקנין הוי אף מצד הבעלים, שהוא "מקנה" מנכסיו, והמקבל "קונה" את הנכסים, והיינו דהמעשה קנין הוי ע"י שניהם ולא רק ע"י הקונה, וכן מבואר בחזו"א, ולכן

שייך דברי הש"ך דהרי צריך שיהיה חלות הקנאה מצד המקנה, ואם נאמר כצד לעיל דלא בעינן הקנאה מצד המקנה א"כ לכאורה שייך דברי הש"ך וכהסבר העונג יו"ט הנ"ל דסגי בהתרצות בעלמא.

ובדברי הקצות והנתיבות מפורש שלפי הש"ך אפשר גם לקנות משל חברו שלא בידיעתו, הקצות הוא בסי' רס"ב, והנתיבות הוא בשני מקומות, בסי' קצ"ה ובסי' קצ"ז.⁹

חלק ג' – בפרטי דיני יאוש שלא מדעת

מחלוקת הראשונים האם יאוש שלא מדעת הוא גם בדבר שאינו עומד ליאוש | חשבון סוגיות תרומה והכשר טומאה לפי הראשונים הנ"ל | קושיא בשיטת רבא מדוע לא אמרינן דאילו הוי ידע היכן נמצאת אבידתו לא היה מתייאש | שיטת הרש"ש בתירוצו קושיא זו | דברי התוס' ורעק"א בענין אבידה ברה"ר וברה"י | עוד חילוקים מהראשונים בענין יאוש שלא מדעת

עד עכשיו עסקנו רק לגבי יאוש שלא מדעת באופן דידעינן שאילו הוה ידע הבעלים ודאי היה מתייאש, ולכן ס"ל לרבא שעכשיו כבר הוי יאוש. ובראשונים מצינו עוד ענין של יאוש שלא מדעת, והוא, באופן שבשעת מעשה אין אנו יודעים מהו דעתו של האדם, אבל לאחר זמן כשנודע לבעלים מהמעשה הרי הם מתרצים לזה, האם אמרינן בזה לפי רבא דאיגלאי מילתא למפרע שמתחילה כבר היה דעתו לזה. וזה תלוי במח' אביי ורבא גבי יאוש שלא מדעת, ונחלקו בזה תוס' והראשונים, ויש לזה כמה וכמה הוכחות מסוגיין.

מח' תוס' והראשונים האם אמרינן איגלאי מילתא למפרע לרבא

מתוס' בסוגיין בכמה מקומות מבואר, דלפי רבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש, אין זה דוקא באופן שזה "עומד" ליאוש, אלא אפי' שזה לא עומד ליאוש מ"מ כיון דבסוף הוא יתייאש אמרינן דאיגלאי מילתא

9 והנה לכאורה לפו"ר סתרי דברי הקצות אהדדי, דהרי הבאנו לעיל מהקצות דס"ל שצריך קנין מצד המקנה ולכן א"א לשלוח קטן כדי להקנות לאחר, וא"כ לכאורה אזיל כתוס' בקידושין שאפי' לפי רבא לא מועיל שלא מדעת, והיאך א"כ אומר הקצות שלפי הש"ך אפשר להלכה לקנות מאחר שלא בידיעתו. ואפשר לומר בזה דהקצות אזיל לשיטתו מסי' ק"ה שהבאנו לעיל דס"ל שאף בשליחות ממש שייך דין דיאוש שלא מדעת שהוי יאוש לפי רבא, וא"כ אפשר דס"ל נמי להקצות דאפי' אם בעינן הקנאה מצד המקנה מ"מ שייך בזה לומר דלפי רבא הוי יאוש. אולם זה מוכח מהקצות שלומד בהש"ך כפשוטו שהחילוק הוא בע"כ ומדעתו, דהרי לפי מהלך העונג יו"ט לא שייך לומר שתועיל אף לפי אביי הקנאה מצד המקנה שלא מדעתו, דהרי אין זה התרצות בעלמא.

בביאור דבר שיש בו סימן לפי תוס'
והראשונים

בתחילת סוגיין דאמרינן גבי מח' אביי ורבא בדבר שיש לו סימן כו"ע לא פליגי דלא הוי יאוש, כי פליגי בדבר דלית ביה סימן, ולפי הראשונים הסברא בזה הוא פשוט דהרי בדבר שאין בו סימן אין זה עומד כלל להתייבש ולכן לא שייך בזה כלל שיטת רבא. אולם לתוס' יש מקום לדון, דהרי אם חזינן לבסוף שמתייבש אמאי לא נאמר דאיגלאי מילתא למפרע, ולכן מבארים התוס' (בד"ה "דלכי נפל מיניה לא מייאש") דאע"ג דהשתא מתייבש אקראי בעלמא הוא, ומתחילה לא היה עומד לכך, והיינו כנ"ל דאפי' לתוס' לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע רק באופן שאחר שהוא מגלה דעתו זה מוכיח שגם מתחילה היה דעתו כך, אבל במקום דאפשר לומר דמתחילה באמת לא היה מתייבש ורק עכשיו הוא מתייבש, וכגון בדבר שיש בו סימן שאפשר לומר שרק עכשיו הוא מתייבש, אבל מתחילה אם היו שואלין אותו לא היה מתייבש, ומשום שבדבר שיש בו סימן יש מקום לומר דהוי אקראי בעלמא, בכגון זה לא אמרינן דאיגלאי מילתא למפרע.

סוגיא דתרומה, לפי תוס' והראשונים

בסוגיא דתרומה, מקשין תוס' והראשונים דאמאי לפי רבא ניחא הא דאפשר לתרום תרומה שלא מדעת, והא הוי כדבר

למפרע והוי יאוש. אבל זה רק באופן דאיכא סברא לומר דמזה שהוא רוצה עכשיו אנו רואים שהוא רצה כבר מתחילה, וזה מועיל אפי' שלמעשה באמת לא ידע מתחילה, מ"מ אמרינן דהוי יאוש שלא מדעת, אבל באופן שאפשר לומר שרק עכשיו הוא מתייבש אבל מתחילה באמת עדיין לא התייבש אפי' אם הוי ידע, בזה לא אמרינן דאיגלאי מילתא למפרע.

אולם הראשונים חולקים על תוס' בזה, וס"ל דהא דאמרינן דיאוש שלא מדעת הוי יאוש [לשיטת רבא], זה רק באופן שעומד ליאוש, אבל אם אין זה עומד לכך, לא אמרינן דהוי יאוש, ואפי' דמגלה דעתו אח"כ שמתייבש ואנו רואים מזה שהוא כבר התייבש מהתחלה, מ"מ זה לא מהני כיון דלא התייבש בפועל. והא דמועיל יאוש שלא מדעת זה רק במקום שזה עומד לכך ואילו היה יודע עכשיו היה מתייבש, רק בזה שייך לומר דאזלינן בתר דעת כללית, אבל באופן שאין אנו יודעים עכשיו שהוא מתייבש, רק אח"כ כשמגלה דעתו, אנו אומרים שמתחילה הוא היה רוצה לכך, בזה לא אמרינן דאזלינן בתר דעת כללית.

וענין זה נוגע בסוגיין בכמה וכמה מקומות, ונראה קודם להקדים בחשבון הדברים בכל המקומות בסוגיין, ואח"כ נבאר בעזה"ת את סברות מחלוקת תוס' והראשונים.

אולם בתוס' מתרצים (בד"ה "אם יש יפות מהן וכו'") דמשום דתרומה הוי מצוה, אמרינן דכיון דחזינן ביה דניחא ליה השתא הרי זה ראייה דניחא ליה נמי מעיקרא, ומשא"כ גבי דבר שיש בו סימן דאפי' שמתייבש עכשיו אין זה ראייה דמעיקרא נמי התייבש, דאימור אקראי בעלמא הוא, והיינו ממש שיטת התוס' דלא בעינן לרבא שיהיה "עומד" ליאוש, אלא אמרינן נמי דאיגלאי מילתא למפרע, ומשא"כ הראשונים נחלקו על תוס' וס"ל דלא ס"ל לרבא כלל דאמרינן דאיגלאי מילתא למפרע, אלא רק בדבר שעומד ליאוש, בזה אמרינן דהוי יאוש.

ואיכא נפקותא רבתי בין ב' המהלכים, דהרי הנה בגמ' מבואר דאיירי שמצאו בעה"ב ואמר לו כלך אצל יפות, ואם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה, ולכאורה לפי הראשונים דאמרינן דגבי תרומה נמי צ"ל שגורן עומד ליתרם, א"כ אין צריך כלל שהבעלים יגלה דעתו אח"כ שהוא מסכים לתרומה, דהרי כמו ביאוש פשוט שאין צריך לפי רבא שהבעלים יתייבשו אח"כ, אלא דאמרינן דמכיון שזה עומד לכך, מהשתא הוי יאוש, וצ"ל דאכן אה"נ כל מה שמבואר בגמ' הוא משום דאיירי שבא בעה"ב ואמר כלך אצל יפות, ולכן אנו צריכים לדעת מה הייתה כוונתו, אבל באמת אף אינו אומר כלום נמי הוי תרומה, משא"כ לשיטת התוס', דוקא נקט הברייתא באופן שגילה הבעלים אח"כ שרוצה את התרומה, דאי לאו הכי לא

שיש בו סימן, דהרי יש מקום לומר שרק עכשיו ניחא ליה שתרם אבל באמת מתחילה לא היה רוצה, וכמו שאומרים בדבר שיש בו סימן, והראשונים מתרצים (רמב"ן, רשב"א, שיטה, ועוד), דאכן צריך לומר דבתרומה זה ג"כ חשיב "עומד", וכדאיתא בהרמב"ן דגורן למתנם קאי [ובשטמ"ק בשם השיטה מוסיף בזה סברא דניחא ליה לאיניש שיתרמו על פירותיו כדי להצילו ממכשול שלא יאכל בלא תרומה], ומוסיפים הראשונים שאפי' לגבי היפות נמי אמרינן דחשיב כדבר שאין בו סימן, ואין מקפידים על היפות שעולות בתרומה [והיינו הגם דאכן סתם בעה"ב אינו תורם מן היפות, מ"מ אם כבר נתרם מן היפות אין הם מקפידים על זה, ולכן נחשבת תרומה לדבר העומד, משום דסתם גורן הא למיתרם קאי, ואפי' שאין הדרך לתרום מהיפות מ"מ הדרך הוא שלאחר מעשה אין מקפידים על היפות, וזה שאומר הרמב"ן "ובעלי בתים נוהגין עין יפה ואין מקפידים על היפות שעולות בתרומה", אין כוונתו לומר דדרך בעלי בתים לתרום מהיפות, דבגמ' מבואר להדיא שסתם בעה"ב תורם מהבינונית, אלא דכוונתו לומר שבעה"ב נוהגין עין יפה שאין הם מקפידים לאחר מעשה אם כבר נתרם יפות, ופשוט].

והיינו משום שהראשונים הבינו שגם בהו"א כבר הבינה הגמ' דאיירי שתרם השליח מהיפות, ובשיטה הנ"ל מסתפק בזה, ועי' בהמשך מענין זה.

למפרע, ובמהר"ם שיף מפורש שהבין דהתוס' קאי לפי ההו"א של הגמ'.

[אולם לכאורה נראה לדייק דתוס' קאי אמסקנא, דהא קושיית התוס' הוי על "היפות", ובפשטות רק במסקנא מוקמינן בגמ' דאירי שתרם מן היפות, אבל בהו"א עדיין לא אוקמינן כך, ובפשטות אירי שתרם מן הבינונית, וא"כ מה מקשין התוס' מ"יפות", אבל הראשונים בתירוצם ג"כ מזכירין "יפות", והם ודאי אירי לפי ההו"א של הגמ', וע"כ דהבינו הראשונים דגם בהו"א אירי שתרם מן היפות].

בביאור סוגיא דהכשר זרעים לפי תוס' והראשונים

בסוגיא דהכשר זרעים מבואר בגמ' דלפי רבא הכשר שלא מדעת נמי הוי הכשר, ומשום "כיון דאיגלאי מילתא דהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה", ולכאורה בשלמא לפי שיטת התוס' ניחא, דכיון שאנו רואים עכשיו שהוא שמח בטל שירד עליהם, אנו אומרים שמתחילה כבר היה שמח [דליכא שום סברא לומר שזה אקראי בעלמא, דרק גבי הפסד ממון כמו גבי אבידה ותרומה, צריכים סברא לומר דזה הוי אקראי בעלמא, משום דהרי יש שפיר מקום לומר דרק עכשיו הוא מתרצה בזה, אבל עד עכשיו הוא לא היה מתרצה בזה, ומשא"כ הכא גבי הכשר זרעים זה ענין טכני, שאנו מסתפקין אם ניחא ליה בטל, ולכן שפיר אומרים שאם

אמרינן כלל דלפי רבא יהיו הפירות תרומה [וכל החשבון הוא רק להו"א בגמ' דלפי רבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש, ה"ה דתרומה שלא מדעת הוי תרומה].

ובאמת דהראיה מתוס' הכא [דחולק על הראשונים וס"ל דלא בעינן לרבא שיהיה עומד לכך], תלוי בפירוש דברי התוס', דהרי אפשר לומר דתוס' קאי אמסקנא בתירוצ' הגמ', דשוויה שליח, ואהא מקשין התוס' דאיך אפשר לומר דמועיל אם נתרצה עכשיו ליתן מן היפות, והא הוי אקראי בעלמא וזה דומה לדבר שיש בו סימן דלא הוי יאוש אפי' לרבא, וע"ז מתרצים התוס' דכיון דהוי מצוה אמרינן דמעיקרא נמי ניחא ליה, ולפי"ז ליכא שום ראייה מתוס' דלא כהראשונים דהא במסקנא הרי אירי דשוויה שליח אלא אנו צריכים לדעת שהיה דעתו שיתרום אף מן היפות, ולזה ודאי לכו"ע לא בעינן שיהיה עומד לכך, דודאי מהני, בזה שאנו רואים שהיה דעתו לכך בתחילה.

וכל הראיה מתוס' הוא רק אם נאמר דתוס' קאי ההו"א של הגמ', ולפי"ז נמצא שמקשין התוס' אמאי לפי רבא ניחא, והא הוי כדבר שיש בו סימן, ומתרצים ע"ז תוס', דכיון דמצוה ניהו אנו אומרים שמתברר דמתחילה ג"כ היה דעתו לכך, ולפי"ז שפיר מוכח מתוס' שחולק על הראשונים, דהא הם אומרים להדיא דלא בעינן לרבא שיהיה עומד לכך, אלא סגי בזה שאיגלאי מילתא

אבל שיטת התוס' צ"ב, דאמאי אמרינן לפי רבא דאיגלאי מילתא למפרע, וביותר קשה, דאטו יש ב' מח' בין אביי ורבא, שנחלקו אם בעינן התרצות פרטית או סגי בהתרצות כללית, ונחלקו גם אי אמרינן דאיגלאי מילתא למפרע.

והביאור בזה הוא פשוט, דשיטת רבא הוי דסגי התרצות כללית, והיינו דהרי ביאוש הא בעינן "הסכמה" של התרצות מצד הבעלים כדי שיהיה חלות יאוש, ואומר רבא דהא דידעינן דאילו היה יודע היה מסכים, בהתרצות כזו סגי, וכמבואר לעיל דכיון דביאוש בעינן רק הסכמה למצב אבידה [שאין זה דין, דמחשבת יאוש מחיל היתר זכיה בחפץ], הרי אפשר לומר דהסכמה כללית והיינו, שאני יודע שהבעלים מסכימים למצב כזה, הרי זה סגי, ולכן אפשר לומר דגם באופן שבשעת מעשה אין אני יודע מהו הדעת כללית של הבעלים, [שהרי אין אני יודע דאילו היה יודע היה מסכים], מ"מ ע"י שמגלה דעתו אח"כ שהוא מסכים ומתרצה וזה ראייה שמיד מתחילה כבר היה מסכים [דהא אין זה אקראי בעלמא], א"כ זה עושה שיהיה דעת כללית, דס"ל לרבא שבכל מקום שיש דעת והתרצות כללית הרי זה מהני, ויש אפשרות לראות את ההתרצות כללית ע"י שאנו יודעים עכשיו שאילו היה יודע היה מסכים, ויש עוד אפשרות של "התרצות כללית", והוא, במקום שאח"כ הוא מגלה דעתו שמתחילה היה נוחא ליה, ונמצא נתברר שהיה התרצות כללית.

הוא אומר אח"כ דניחא ליה, הרי זה מברר דמעיקרא נוחא ליה].

אבל לפי שיטת הראשונים קשה, דהרי שיטת רבא הוא רק במקום ד"עומד" לכך, וא"כ אמאי ס"ל לרבא דהכשר שלא מדעת הוי הכשר, והא הפירות לא "עמדו" לכך, ואכן המהר"ם שיף מקשה כך על הגמ'.

ובאמת שהשיטה מקשה בשם הריצב"ש (בד"ה "נגבו אע"פ") דהכשר זרעים הוי כדבר שיש בו סימן ומודה רבא דלא הוי יאוש, ומתריך דכיון דהעלן לגג והניחן שם הרי זה דומה לדבר שאין בו סימן, ואולי כוונתו לתריך אף לשיטת הראשונים, דכיון שהעלן לגג והרי ודאי יעלה עליהן טל, הרי זה נקרא "שעומד לכך".

בביאור וסברות מחלוקת תוס' והראשונים

ועתה נבוא לבאר את סברות מח' הראשונים ותוס' בענין זה. שיטת הראשונים נוחא לכאורה, דהרי סברת רבא הוא דאפי' דביאוש אנו צריכים "הסכמה" מהבעלים, מ"מ סגי בהתרצות כללית, דסגי בזה שאנו יודעין דאילו היה יודע היה מסכים, ולא בעינן התרצות פרטית, ולכן זה שייך רק בדבר "שעומד לכך", דרק בזה אנו יודעין לומר דאילו היה יודע היה מסכים, אבל בדבר שאינו עומד לכך כלל לא שייך לומר דאיכא "התרצות כללית", דהא הרי אין אנו יודעין עכשיו אם אילו היה יודע היה מסכים.

מתייאר שיהיה הוא יכול ללכת לקחתו, והיינו כוונת השאלה היא, דהרי למ"ד דיאוש שלא מדעת הוי יאוש, אנו דנין לפי מה שאילו היו אומרים לו שנאבד שהיה מתייאר, ואמאי לא ממשיכים לומר שאילו גם נאמר לו היכן הוי החפץ אין הוא מתייאר, וא"כ אמאי אמרינן דביאוש שלא מדעת הוי יאוש משום דאיכא דעת כללית ליאוש, והא אם אנו ממשיכים לומר שאילו הוא יודע היכן הוי החפץ, איכא דעת כללית שהוא אינו מתייאר.

[ואכן] דאין זה קשה בכל אופן, דהרי באופן שהוא אינו נמצא כבר במקום האבידה, לא קשה כלום, דהא הרי אפי' אם היו אומרים לו היכן הוי החפץ הוא מתייאר, דהרי הוא חושב שאין לו מה ללכת לקחת את האבידה, דהא אפשר שימצאנו אחר קודם ויקחנו לעצמו, דהא לית ביה סימן ואין הוא יכול להחזירו, ואין לו שום דרך למצוא את הבעלים של החפץ, אבל זה עדיין קשה, באופן שהבעלים עדיין נמצאים במקום האבידה, ובזה הרי ודאי אם הוא היה יודע היכן הוי החפץ בדיוק, לא היה מתייאר, דהרי יכול לקחתו].

והביאור בזה הוא פשוט, דהגדר ביאוש שלא מדעת לא הוי דאנו חשבינן כאילו הוא יודע מה הוי האמת [והיינו דאמרינן דחשבינן כאילו הוא יודע את האמת שזה נאבד מרשותו], דאכן לפי"ז קשה מאוד דא"כ אמאי לא חשבינן ליה נמי את האמת היכן הוי החפץ, אלא ודאי דלא חשבינן

ואף אביי מסכים שאומרים שאיגלאי מילתא למפרע, מ"מ ס"ל לאביי שזה לא מהני משום דלדידיה לא מהני כלל התרצות כללית, אלא בעינן התרצות והסכמה פרטית על החפץ, ונמצא לפי"ז מובן שפיר, שנחלקו אביי ורבא רק בדבר אחד, והוא, דבמקום שבעינן התרצות והסכמה, דלפי אביי בעינן "התרצות והסכמה פרטית" על החפץ, ולפי רבא סגי ב"התרצות והסכמה כללית", ולפי רבא יש ב' אפשרויות לדאות את ההתרצות הכללית, או ע"י דאילו ההיה יודע היה מסכים, או ע"י זה שנתברר אח"כ שמסכים בדיעה ברורה ממש שהבעלים יתייאר, שהוי יאוש אף שלא מדעת, והיינו דהרי אביי בעצם מודה דביאוש אנו צריכים רק הסכמה והתרצות מצד הבעלים, אלא דס"ל דלא סגי בהתרצות כללית דבעינן התרצות פרטית, וכמבואר לעיל.

אמאי לא אמרינן לרבא דאילו היה יודע היכן הוי האבידה לא היה מתייאר

הנה התבאר לעיל שהסברא לומר דיאוש שלא מדעת הוי יאוש הוא משום דבמקום שבעינן הסכמה והתרצות, סגי התרצות כללית שאילו היה יודע היה מסכים.

ולכאורה יש לדון בפשט הדברים, דהא הרי הוא אינו יודע כלל שהוא אבד חפץ, אלא מאי, אני דן דאילו היה יודע מזה שנאבד לו חפץ ודאי היה מתייאר, ולכאורה יש להקשות, דא"כ אמאי לא אמרינן נמי, שאם היה יודע גם היכן הוי החפץ הוא לא

לכאורה לא קשה כלל כל הקושיא הנ"ל דהרי לא שייך לדון שאם היה יודע היכן הוא החפץ לא היה מתיימש, דהרי אינו עתיד ואין זה עומד כלל שיידע דבר זה, ולכן אנו דנין רק אילו היה אבד היה מתיימש משום שזה הוא עתיד שפיר לדעת שנאבדה ממנו האבידה.

שיטת הרש"ש בתירוצו על קושיא זו בדעת רבא

הרש"ש לקמן כד. (בתוד"ה בטמון) אומר, דהא דלא אמרינן לפי רבא דאילו הוא ידע שמי שמוצא את האבידה הוא איש הגון ויחזיר לו את אבידתו לא היה מתיימש, וא"כ אמאי ס"ל לרבא דיאוש שלא מדעת הוא יאוש, ומסביר הרש"ש דהא דלא אמרינן כך הוא משום דמיד כשנפלה האבידה איכא כבר יאוש עוד לפני שמצאה אדם, וכיון דכבר הוא יאוש כבר פקעה מרשותו ואפי' שאח"כ מגביהו אדם הגון, ומזה לומד הרש"ש ש"בטמון" דליכא זמן שזה הוא אבידה ועדיין לא הגביהו שום אדם, בזה שפיר מודה רבא דלא הוא יאוש משום דהרי אם היה יודע שזה נמצא אצל אדם הגון שיחזיר לא את החפץ הוא אינו מתיימש.

ועכ"פ מבואר מהרש"ש, שחולק על כל הנ"ל וס"ל דבעצם לפי רבא אפשר לומר ד"אילו הוא ידע" גם על "ידיעות" ולא רק על "מצב מסוים", דהרי אנו רואים שהוקשה לרש"ש דנאמר דאילו הוא ידע שאדם הגון הגביהו לא היה מתיימש,

כאילו הוא יודע את האמת, אלא דהביאור הוא וכמו שהתבאר לעיל בארוכה, דצריכים לדון מה הוא דעתו של אדם למצב זה, והיינו דבנאבד לו חפץ, אנו דנין מה הוא דעתו של האדם למצב של אבידה, האם יש השלמה והסכמה מצד הבעלים למצב כזה [מצב אבידה], דכיון דיאוש הוא דין בחפץ, שחפץ האבוד איכא בזה היתר זכיה אבל רק בתנאי שיש הסכמה מצד הבעלים למצב כזה, ולכן שייך לדון על מצב מסוים מה הוא דעתו של אדם למצב כזה, האם יש הסכמה מצד הבעלים למצב כזה, ולכן לא שייך לומר שנדון גם דאילו היה יודע הבעלים היכן הוא החפץ, לא היה מתיימש, דהרי לא אמרינן כלל שאנו מתחשבים כאילו הוא יודע את כל האמת, אלא אנו דנים רק מה הוא דעתו למצב כזה, ולומר היכן הוא החפץ, אין זה "מצב" מסוים שאפשר לדון בזה, מה הוא דעתו של האדם למצב כזה, אלא זה הוא חיזוי העתידות, דלדון על חפץ אם הוא נאבד או לא זה הוא "מצב" מסוים ששייך לדון מה הוא דעתו של האדם למצב כזה, אבל לדעת היכן הוא החפץ בדיוק זה כבר לא "מצב" מסוים, אלא סתם חיזוי העתידות, ופשוט הוא.

אולם זה פשוט דכל הנידון הוא רק אם אמרינן דרבא ס"ל דיאוש שלא מדעת הוא יאוש אפי' באופן שהוא אינו עומד להתיימש, אבל לפי מה שהוכחנו לעיל משיטת התוס' דבאופן שאינו עומד להתיימש בפועל מודה רבא דלא הוא יאוש א"כ

ואולי כוונת הרש"ש לתרץ באופן דהמוצא ראה ממי נפל או במצא במקום שהרבים מצויין שם דאפי' שיש בו סימן הוי הרי אלו שלו.

אולם אפשר לפרש כוונת הרש"ש באופן אחר, דכוונתו ג"כ כמו שהתבאר לעיל, דרך לגבי "מצב מסוים" אמרינן דאילו הוי ידע, אלא דס"ל לרש"ש דבאופן שזה מעולם לא היה אבידה, דהא הוי טמון וכשנוטלו המוצא הרי ג"כ לא הוי במצב של אבידה, ולכן שייך לומר דאילו הוי ידע בעה"ב דהחפץ לא הוי כלל במצב של אבידה לא היה מתיימש.

[וזה] שאומר הרש"ש דבכל אבידה הוי זה אבידה לפני שהגביהו המוצא, אין כוונתו לומר דכיון דהוי אבידה הרי זה לא פקע כשמגביהו המוצא, אלא כוונתו לומר דמכיון שזה "אבידה" א"כ לא אכפת לן שהגביהו אדם שהוא הגון, דהרי אין זה שינוי ב"מצב", שנוכל לדון בו דאילו הוי ידע, שהרי זה עדיין הוי "מצב אבידה", אלא שהגביהו אדם לאבידה].

בביאור דברי רעק"א בנאבדה לו אבידה
ברה"ר וסבור שנאבדה ברה"י

רעק"א בריש פירקין על תוד"ה "כריכות ברה"ר" (בר"ה "תוס' ד"ה אלו מציאות שלו וכו'"), אומר דבאופן שנאבד לאדם חפץ, והוא יודע שזה נאבד ממנו, אלא

ולכאורה יש לדון מה יתרץ הרש"ש על קושיא הנ"ל, דאמאי אין אנו אומרים שאילו הוי ידע היכן הוי האבידה לא היה מתיימש דהרי הוא יכול ללכת לקחתו [עכ"פ באופן שהוא עדיין נמצא באותו מקום], ולכאורה צריך לומר בדעת הרש"ש דס"ל דזה לא קשה כלל, משום ד"בעצם" הרי גם אם היה ידע היכן הוי חפץ היה מתיימש, דהרי זה "מצב של אבידה" אלא שיכול להיות שהוא לא היה מתיימש משום שיש לו "פתרון" שהוא ילך לקחת את החפץ, וזה אינו עושה אותו שלא יהיה "אבידה" אלא שיש לו פתרון למצב כזה, ודבר זה אין אנו מתחשבים בו שאם היה יודע מדבר שה לא היה מתיימש, ומשא"כ קושייתו של הרש"ש הוא דנאמר דאילו היה יודע שהחפץ נמצא ביד אדם הגון לא היה מתיימש, וזה שפיר לא הוי סתם פתרון חיצוני שהרי כשזה נמצא ביד אדם הגון הרי זה לא הוי אבידה, ולכן שפיר נתקשה הרש"ש בזה, ודוק בדברים אלו.

ויש להקשות על דברי הרש"ש, דלכאורה אמאי אמרינן שאילו הוי ידע שהחפץ נמצא אצל אדם הגון הוא אינו מתיימש, והא הרי אין לו בו סימן, ואמאי יחשוב שיחזירנו לו המוצא, ומניין יוכיח לו שהחפץ שלו, [ודברי הרש"ש בטמון נחא שהרי התם איירי אף בדבר שיש בסימן, אבל הרש"ש גם מסביר הא דהוי לפי רבא יאוש שלא מדעת הוי יאוש, וזה תמוה דהרי רבא איירי בדבר שאין בו סימן].

בפועל הוא לא מתיימש משום שהוא חושב שזה הוּי במצב "אבידה ברה"י", אבל אנו אומרים שזה הוּי יאוש משום דצריכים לדון מה הוּי דעתו למצב שהוּי באמת, והמצב באמת הוא, דהוּי "אבידה ברה"ר", ולמצב כזו הוא מתיימש, ולכן שפיר אפשר לומר דאילו היה יודע שזה נאבד לו הרה"ר ודאי היה מתיימש, וחידוש הוא בפשט.

**בביאור דברי התוס' גבי נאבד ברה"י
וסבור שנאבד ברה"ר**

ולפי"ז יש לדון בדברי התוס', דהתוס' איירי באופן שהבעלים סבור שנאבד ברה"ר ולמעשה זה נאבד ברה"י, ואומרים התוס' דהוּי יאוש, והנה קודם כל יש להוכיח מתוס' הכא דיאוש בטעות הוּי יאוש, דהרי הכא הוא מתיימש בטעות משום דסבור שזה נפל ברה"ר, אבל האמת הוא שזה נפל ברה"י, ויש נידון גדול אם מהני יאוש בטעות. אולם לולא שאלה זו של יאוש בטעות, יש לדון בדברי התוס' מצד אחר, דהרי לכאורה יש לשאול, דלפי רבא דיאוש שלא מדעת הוּי יאוש, והסברא הוא משום דאזלינן מה הוּי דעתו למצב זו, א"כ הרי אפי' דיאוש בטעות הוּי יאוש, מ"מ לפי רבא לא יהיה יאוש, דהרי המצב באמת הוא מצב של "אבידה ברשות היחיד" ועל מצב כזה הרי אין הסכמה מצד הבעלים, וא"כ נמצא דליכא יאוש.

אולם הביאור בזה הוא פשוט, שכל זה שאמר רבא דאזלינן בתר דעת כללית,

שהוא חושב שזה נאבד לו ברה"י ולכן הוא אינו מתיימש, אבל באמת זה נאבד ברה"ר, ואם היו הבעלים יודעים שזה נאבד ברה"ר ודאי היו מתיימשין, הרי זה תלוי בדין דיאוש שלא מדעת, ולפי רבא זה הוּי יאוש הרי אילו היה יודע שזה נפל ברה"ר ודאי היה מתיימש.

ולכאורה יש לדון בדברי הרעק"א, לפי מה שהתבאר דלפי רבא אין מתחשבין כאילו הוא יודע את כל האמת, אלא דננין על ה"מצב", מה הוּי דעתו למצב כזה, וא"כ לכאורה הכא הוא הרי יודע שנאבדה לו אבידה, אלא שהוא אינו יודע היכן נאבדה לו אם ברה"ר או ברה"י, וא"כ מה שייך לומר שאילו היה יודע שזה נאבד ברה"י הוא היה מתיימש, דלכאורה זה כמו שאנו לא אומרים שאילו הוא היה יודע היכן הוּי החפץ הוא לא היה מתיימש, דאין זה "מצב" שאפשר לדון בו מה הוּי דעת הבעלים, כמו"כ גבי רה"ר ורה"י לכאורה אין זה "מצב" מסוים שאפשר לדון בזה מה הוּי דעתו של הבעלים למצב כזה, דהרי ה"מצב" הוא זה דהוּי "מצב אבידה", אבל רה"ר ורה"י זה כבר פרטים בעלמא, וזה כמו לגבי היכן הוּי החפץ.

והביאור בזה הוא, דצ"ל דגם רה"י ורה"ר הוּי "מצב" ששייך לדון בזה מה הוּי דעתו של הבעלים למצב כזה, ד"אבידה ברשות הרבים" הוּי מצב אחר מ"אבידה ברשות היחיד", ולכן מובן שפיר דברי רעק"א דלפי רבא זה הוּי יאוש, משום דאכן

לא נתייאשו, דהרי הא דבמעו לא הוי יאוש שלא מדעת הוא משום דרבי יצחק דאדם עשוי למשמש כסו בכל שעה, וזה רק לאותו שנאבד ממנו אבל האחרים הרי עדיין אינם יודעים שזה נאבד, ולכך לגבי ידיהו זה חשיב יאוש שלא מדעת [ואומר השיטה דאף לחלקו של האחד אין מועיל היאוש משום דאין יאוש לחצי חפץ ובתוס' במנחות פליגי על זה וס"ל דשפיר שייך יאוש על חצי חפץ, ואפי' לפי השיטה נראה דרק בחצי חפץ של שותפים לא הוי יאוש, אבל בחצי חפץ ממש - וכגון באופן שרק חצי חפץ מונח בתוך רשותו לכאורה פשוט דחל יאוש גם אם זה רק על חצי חפץ, דהא מאי אכפת לן שזה חצי חפץ, וכל דברי השיטה הוא רק בשותפין שזה לא שכל החפץ שייך לשניהם].

והשיטה (בד"ה "כתוב בגליין תוספות") מוסיף בשיטת ר"ת שזה אף לפי רבא ואפי' בעלמא אמרינן דיאוש שלא מדעת הוי יאוש הכא שאני משום "כיון דבשעה שמצאה באיסורא בא לידו ונתחייב מיד להחזיר וידע למי להחזיר ולא דמי ליאוש שלא מדעת דלא ידע למי להחזיר", וצ"ב בדבריו דהרי מאי אכפת לן דעכשיו יודע הוא למי להחזיר והא למעשה לכשידעו הרי ודאי יתייאשו, ויאוש שלא מדעת הא הוי יאוש.

ב- בגמ' אמרינן אמר רבא ראה סלע שנפלה משניים נטלה לפני יאוש וכו' ונתקשו הראשונים הרי רבא ס"ל דיאוש שלא מדעת

וחשבינן מה הוי דעתו של האדם לפי מצב מסוים, אין כוונת רבא דאזלינן "רק" בתר דעת כללית, שרק דעת כללית קובע את ההתרצות, דודאי אפשר להתחשב גם עם ההתרצות שיש לו בפועל על חפץ זו [והיינו "התרצות פרטית"], אלא שרבא בא להוסיף דבמקום שצריך התרצות סגי "גם" התרצות כללית, והיינו דאפי' שאין לו עכשיו התרצות למעשה על חפץ זו, מ"מ אפשר להתחשב בזה שאנו יודעין מה הוי דעתו על מצב כזה, ואפי' שהוא אינו יודע שיש עכשיו מצב זה, ופשוט הוא.

עוד מהראשונים לקמן בסוגיות בגמ' בשיטת רבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש

ובאמת דבנידון זה בשיטת רבא ביאוש שלא מדעת הוי יאוש, מצינו כמה וכמה מקורות מהראשונים לקמן בהמשך הסוגיות.

א- בגמ' אמר רבא דהא דאמרינן דראה סלע שנפל משלשה הרי אלו שלו זה רק בדלית ביה ש"פ לכל אחד ואחד, אבל אם יש בה ש"פ לכל אחד חייב להכריז דאימור שותפין נינהו ולא מיאשו, והיינו כדפרש"י שאינו מתייאש משום שמיימר אמר שאחד מן השותפין מצאה ולצערני הוא שותק [ולכאורה גם בזה איכא מח' הראשונים הנ"ל אם זה הוי דוקא לפי אביי או אפי' לרבא].

אולם השיטה מביא בשם ר"ת מהלך אחר, דבאמת גם בשותפין אותו שאבד מתייאש [ולא ס"ל כסברא הנ"ל] אלא חבריו

איירי אלא באופן עומד ליאוש משום דס"ל דדבר העומד ליאוש כיאוש דמי אבל על כל פנים בעינן שיהיה עומדת ליאוש עכשיו אילו הו' ידע אבל אם בעת הזאת עדיין אילו ידעו בעלים לא היו מתיאשים הרי עכשיו לא הו' יאוש דהא השתא עדיין זה אינו עומד ליאוש, וכמו"כ הכא כיון שנטלה מיד כשנפלה ואילו הבעלים היו יודעים מהנפילה היו מגביהים אותה ולא היו מתיאשים ממנה, אינה עומד ליאוש, ואפי' רבא מודה דלא הו' יאוש.

הו' יאוש, וא"כ מאי שייך לומר דנטלה לפני יאוש, והא מיד כבר הו' יאוש מדין יאוש שלא מדעת, ובריטב"א ישנים אומר דאתיא אפי' כרבא, דהכא מודה רבא דלא הו' יאוש משום שראה המוצא ממי נפלה אע"ג דאין בה סימן אי הו' לפי יאוש חייב להחזיר ולא דמי ליאוש שלא מדעת דאמר רבא דהו' יאוש.

ג- רעק"א אומר דהכא גבי ראה סלע שנפל משניים אתיא אפי' כרבא, דרבא לא

חלק ד' – זוטו של ים

מחלוקת הראשונים אם זוטו של ים הו' מדין יאוש או לא | היתר זכייה בזוטו של ים שלא מדעת בעלים | האם מועיל עומד וצווה בדבר שאין בו סימן | מו"מ בדברי השיטמ"ק

דינא דמוצא במקום שהרבים מצויין שם, אבל משום זוטו של ים לא הוצרך לזה, משום דמותר מדין דאבודה ממנו ומכל האדם, והיינו משום דההיתר בזוטו של ים הוא לאו מדינא דיאוש כלל, אלא גזה"כ הוא דכל שאבודה ממנו ומכל אדם הרי זה מותר, ולכאורה לפי הראשונים שזוטו של ים הו' גזה"כ דאבודה ממנו ומכל אדם ניחא, אבל להראשונים דהו' מדין יאוש, לכאורה קשה דאמאי זה מועיל שלא מדעת.

בהא דמועיל זוטו של ים אפי' שלא

מדעת

והנה בפשטות ההיתר בזוטו של ים הוא אפי' שלא מדעת והיינו אפי'

דין זוטו של ים מבואר בגמ', שאבידה שהוא אבוד ממנו ומכל אדם יש בזה דין מיוחד דהו' הרי לו שלו וילפינן להו' מקרא, ויש מח' הראשונים בגדר דין זוטו של ים מאיזה דין הו' הרי אלו שלו, ויש מן הראשונים שאומרים שהוא מדין יאוש. ויש לדון בזה לפי כל האמור עד עכשיו בגדר דין יאוש שלא מדעת.

ובפשטות מבואר בגמ' דההיתר בזוטו של ים הוא מדין "יאוש", שהבעלים ודאי מתיאשין מהן, ואפי' שעומד וצווה אין זה כלום, דאנו אומרים שודאי באמת נתיאשו מהן, וכן אומר הריטב"א שם בסוגיין, אבל התוס' הרא"ש שם אומר דהא דנקט הברייטא טעמא דיאוש הוא משום

אומדנא דמוכח ועד כדי כך שלא יועיל לו לבעלים אפי' שעומד וצווה שאינו מתיימש, מ"מ אנו אומרים דהוי יאוש, ובאופן כזה, הרי זה חשיב "התרצות פרטית", והוי כמו שיש התרצות פרטית להדיא, ומשא"כ בדבר שאין בו סימן שאין זה כ"כ פשוט שהבעלים מתיימשין, ואכן אנו נקטינן שהבעלים יתיימשו, אבל אין זה ברור כ"כ כמו בזוטו של ים, ודוק בזה.

ואולם יש לדון בזה מצד השאלה האם מועיל עומד וצווה ביאוש, והיינו דבכל מקום שאמרו חז"ל שיש יאוש מצד הבעלים כגון בדבר שאין בו סימן או ברוב עכו"ם וכדו', האם מועיל לבעלים אם יצווה שהוא אינו מתיימש, או דאמרינן דבטלה דעתו אצל כל אדם כמו דאמרינן גבי זוטו של ים. ובעניין זה יש כמה וכמה דעות וחילוקים, ויתבאר בהרחבה בהמשך. אבל עכ"פ לכאורה כל החילוק שאמרנו בין זוטו של ים ליאוש הוא רק אם נאמר דבדבר שאין בו סימן מועיל לו לבעלים לומר שאינו מתיימש דבעומד וצווה לא הוי יאוש, שזהו המעלה שיש בזוטו של ים דלא מהני ביה עומד וצווה הואיל ובטלה דעתו אצל כל אדם, ולכן מהני ביה גם שלא מדעת. אבל אם נאמר דאף בסתם יאוש לא מהני עומד וצווה א"כ חזרנו לדון מה חילוק יש בין סתם יאוש שלא מהני שלא מדעת לזוטו של ים שמהני שלא מדעת [לפי הראשונים שזוטו של ים הוי מדין יאוש]. והא גם בסתם יאוש אמרינן דהוי יאוש הגון ולא מועיל לצווה

שהבעלים עדיין אין יודעים שנאבדה לו אבידה בזוטו של ים, וכן לכאורה מוכח מסוגיא לקמן כב. גבי איסורא דומיא דהיתרא, [יש שם כמה וכמה מהלכים ברש"י ותוס' והראשונים, ולפי כמה מהלכים יוצא שזה מפורש בגמ'].

אבל מצאתי בחי' תלמיד הרשב"א (בדף כד. ד"ה "הרי שאמר הכתוב" בהמשך דבריו "נראין הדברים וכו'"), שמביא בשם אחד מגדולי המורים, שלפי אב"י צריך גם בזוטו של ים שידעו הבעלים מהאבידה ואל"כ הוי זה יאוש שלא מדעת כמו בכל אבידה, והוא עצמו חולק עליהם.

והנה לפי הראשונים שזוטו של ים הוי גזה"כ דאבודה ממנו ומכל אדם ניחא, אבל להראשונים דהוי מדין יאוש, לכאורה קשה דאמאי זה מועיל שלא מדעת לפי אב"י והא אם זה מדין יאוש מ"ש מדבר שאין בו סימן שס"ל לאב"י שלא מועיל שלא מדעת.

וצריך לומר דמודה אב"י במקום ידיעין בבירור בידיעה ברורה ממש שהבעלים יתיימשו, שהוי יאוש אף שלא מדעת, והיינו דהרי אב"י בעצם מודה דביאוש אנו צריכים רק הסכמה והתרצות מצד הבעלים, אלא דס"ל דלא סגי בהתרצות כללית דבעינן התרצות פרטית, וכמבואר לעיל, ולכן יש מקום לומר שבאופן ידיעין בברור להדיא שהבעלים מתיימשין והי

אומדנא ליאוש מרבים מצויין שם, ואפי' שרבים מצויין שם אין מועיל עומד וצוות.

האם מועיל עומד וצוות בדבר שאין בו

סימן

יש לדון, בכל מקום שיש יאוש מצד הבעלים כגון בדבר שאין בו סימן או ברוב עכו"ם וכדו', מה הדין באופן שהאובד עומד וצוות שהוא אינו מתייאש, האם זה מועיל לעכב את היאוש או לא, הואיל ואמרינן שבטלה דעתו אצל כל אדם כמו דאמרינן בזוטו של ים.

ומצינו כמה מקורות לענין זה בגמרא והפוסקים:

(א) בגמ' (בדף כד:) גבי שוקא דגלדאי מבואר להדיא דבמצא אבידה במקום שהרבים מצויין שם הרי אלו שלו אע"פ שהבעלים עומד וצוות.

(ב) האור זרוע אומר דאבידה שאין בו סימן הרי אלו שלו אע"פ שעומד וצוות, כמו בזוטו של ים.

(ג) הרשב"א (בדף כא: בד"ה זוטו של ים וכו') אומר להדיא דדוקא בזוטו של ים אינו מועיל שעומד וצוות, מדין דהוי אבודה ממנו ומכל אדם ואין לו שום אפשרות להציל ולהשיג את החפץ, אבל בשאר דברים דהוי יאוש (וכגון בדבר שאין בו סימנים) אם עומד וצוות לא הוי יאוש, דהרי יש לו

משום דבטלה דעתו אצל כל אדם. ונמצא מוכח מהראשונים דס"ל שזוטו של ים הוי מדין יאוש, דבסתם יאוש לא מהני עומד וצוות.

אבל נראה פשוט דאפשר שפיר לומר דאפי' אם נאמר שבסתם יאוש לא מועיל בעומד וצוות, מ"מ בזוטו של ים הוי יותר אומדנא ליאוש מכל דבר שאין בו סימן, ולכן אפ"ל דרך בזוטו של ים מועיל לאביי אפי' שלא מדעת, משא"כ בדבר שאין בו סימן אע"ג שאכן אין מועיל בזה מה שעומד וצוות מ"מ אין מועיל בזה שלא מדעת.

ומצאתי במהר"ם שיף בדף כד. (בסוף ד"ה "בתוס' בד"ה אם תמצא לומר וכו' וכן לקמן אמר"), שהוא כבר אומר סברא זו, דשם בגמ' מבואר דבמקום שרבים מצויין שם הוי הרי אלו שלו אפי' אם הוא עומד וצוות, ומקשה ע"ז המהר"ם שיף דא"כ מה מקשה הגמ' הכא ממוצא בבתי כנסיות ובבתי מדרשות, והא מקום שהרבים מצויין שם הוי כמו זוטו של ים שבשניהם אין מועיל עומד וצוות, ובזוטו של ים הרי מודה אביי דהוי שלו אפי' שלא מדעת.

ומסיים המהר"ם שיף דמ"מ יש לחלק ביניהם והיינו דאפי' דגם ברבים מצויין שם אין מועיל עומד וצוות, מ"מ יש לומר שרק בזוטו של ים מודה אביי דהוי שלו אפי' שלא מדעת, אבל רבים מצויין שם לא, והיינו משום דזוטו של ים הוי יותר

שהרבים מצויין שם הוי יותר אבוד מסתם אבידה שאין בו סימן. אבל על שיטת הרא"ש קשה מאוד, דהרי הרא"ש אומר על אבידה במקום שהרבים מצויין שם שמועיל לו לבעלים לצוות דלא ליהווי ייאוש, ולכאורה הרי זה גמ' מפורשת שאין זה מועיל, ובפלפולא חריפתא שם כבר מקשה כן על הרא"ש.

ובמהר"ם שיף שם מתרץ, דכל כוונת הרא"ש הוא רק "לפנים משורת הדין", דאכן בעצם אין צריך להחזיר לו אפי' אם עומד וצוות, אבל לפנים משורת הדין צריך להחזיר לו. ועיי"ש בדבריו מה שמתרץ עוד בשיטת הרא"ש.

ולפי תירוצו של המהר"ם שיף נמצא דמוכח מדברי הרא"ש דבזוטו של ים אין צריך להחזיר לבעלים גם לא לפנים משורת הדין, שהרי הרא"ש אומר שחלוק זוטו של ים מרבים מצויין שם, דרק בזוטו של ים הוי שלו אפי' עומד וצוות, והמהר"ם שיף אומר דכל זה שאומר הרא"ש דברבים מצויין שם צריך להחזיר אם עומד וצוות זה רק לפנים משורת הדין, ומזה נלמד דבזוטו של ים אפי' לפנים משורת הדין ליכא. [ונחלקו עליו האחרונים בדבר זה]

עוד יש לתרץ בשיטת הרא"ש, דיש לחלק מתי הוא צוות, והיינו דאבידה במקום שהרבים מצויין שם אם הבעלים צוות מיד כשנאבד לו חייב להכריז שהרי לא התייאש,

אפשרות להשיג את החפץ. ולכן רק אם אינו עומד וצוות הרי הוא מתייאש מהחפץ, אבל אם הוא צוות אין הוא מתייאש ולא הוי הרי אלו שלו. [והרשב"א אומר כך אפי' בנפיל מיניה זוזי בחלתיה, דאם אייתי ארבלא וקא מארביל ואומר שהוא מחפש את שלו הוי הדין דחייב להכריז, דהרי הוא צוות שאינו מתייאש מאבידתו. ודוקא שם בגמ' שהוא אומר שהוא יכול למצוא את של חברו הוי יאוש, משום שבעצם הוא התייאש משלו אלא שסומך על זה שהוא ימצא שם שום מטבע].

ד) הרא"ש בפירקין בסי' ו' אומר אפי' על מקום שהרבים מצויין שם, דמועיל לבעלים דלא ליהווי ייאוש אם הוא עומד וצוות, ורק בזוטו של ים הוי הרי אלו שלו אפי' אם עומד וצוות.

ה) השיטה בשם הריצב"ש לקמן (בדף כו: בד"ה "אבל הריצב"ש כתב וזה לשונו") אומר להדיא דבכל דבר שאין בו סימן אם הוא עומד וצוות לא הוי ייאוש.

והנה על שיטת הרשב"א לא קשה כ"כ מהגמ' גבי שוקא דגלדאי, משום שאפשר ליישב דהרשב"א איירי רק באבידה שאין בו סימן שרק בזה מועיל לבעלים שעומד וצוות, אבל הוא מודה דבמקום שהרבים מצויין שם הוי הרי אלו שלו אפי' אם עומד וצוות. והגם שהחילוק הוא דחוק מ"מ אולי יש מקום לחלק דאבידה במקום

ואולי יש מקום לחדש בדעת השיטה, מזה דאיירי דוקא בשיטת רבא גבי יאוש שלא מדעת [ולא אמר סתם דכל דבר שאין בו סימן הוי יאוש אפי' אם עומד וצווח], דבאמת לא ס"ל כהאור זרוע בדבר שאין בו סימן אמרינן דבטלה דעתו אצל כל אדם, אלא דאיירי דוקא אליבא דרבא גבי יאוש שלא מדעת, דרך באופן שלא ידע מהאבידה, אז אמרינן דהוי יאוש אפי' אם צווח לכשידע, אבל אכן אם יודע מיד מהאבידה ולא מתיימש, אין זה יאוש.

והסבר בזה הוא, דבאמת ס"ל לשיטה דלא אמרינן בטלה דעתו אצל כל אדם, אלא לפי רבא ביאוש שלא מדעת שאני, ומשום דהרי כל סברת רבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש הוא משום דאמרינן ד"התרצות כללית" סגי, ולא בעינן התרצות פרטית, ולפי"ז אפשר לומר דבכל דבר שאין בו סימן הרי איכא התרצות כללית של יאוש, ולכן הוי יאוש, והגם דאח"כ הוא אומר שאינו מתיימש [ולא אמרינן דבטלה דעתו] אין זה מועיל, דהרי כבר היה התרצות כללית של יאוש מתחילה.

ואין לומר שאחר כך יתברר למפרע שהוא לא התיימש, [וא"כ נמצא דלא היה התרצות כללית מתחילה], משום שאפשר לומר דהא דלא מתיימש השתא אקראי בעלמא הוא, וכמו שאומרים התוס' גבי דבר שיש בו סימן דלא מועיל מה שמתיימש אח"כ משום דאמרינן דאקראי בעלמא הוא

משא"כ אם צווח לאחר זמן הרי הוא נעשה כמי שצווח על ספינתו שטבעה בים, דאנו אומרים שודאי באמת כבר נתיימש אלא עכשיו חזר בו והחליט שלא להתיימש, וזהו כוונת הגמ' בשוקא דגלדאי, דלא איירי שם שצווח מיד כששמע שנאבדה לו, והרא"ש איירי שצווח מיד כששמע שנאבדה לו אבידתו. משא"כ בזוטו של ים אפי' אם צווח מיד הוי הרי אלו שלו, משום שאנו אומרים שודאי נתיימש, ויש לדון בזה.

מו"מ בדברי השיטמ"ק בענין זה

השיטה בסוגיא דתרומה (בד"ה "ואמאי בעידנא") כותב, "ומכל מקום לרבא לא הוי תיובתא אפילו נימא דסבירא ליה דבמילתא דלית ביה סימן היו יאוש עכ"פ אפילו צווח כשידע ואמר לא מיאשנא מכל מקום היו יאוש וקני והא אמרינן דאי קפיד או לא נמצאו יפות דאין תרומתו תרומה, דלא דמיין אהדדי דהתם כי לא מיימש בטלה דעתו אצל כל אדם כיון דלית ליה סימן אבל הכא לא אמרינן בטלה דעתו", ע"כ.

ומבואר מדבריו דגבי דבר שאין בו סימן הוי יאוש ואפי' אם צווח לבסוף, ובפשטות כוונתו כשיטת האור זרוע, ואפי' באופן שהוא יודע שנאבדה לו אבידה, ואומר מיד שהוא אינו מתיימש, הרי בטלה דעתו אצל כל אדם [ואף לאביי הוי יאוש].

והשתא הוא דאייאש, וגם הכא בדבר שאין בו סימן אפי' דלא אמרינן דבטלה דעתו אצל כל אדם מ"מ הרי ודאי הוא עומד ליאוש, ואם הוא לא מתייאש בסוף הרי זה אקראי בעלמא, ולא אמרינן שזה מגלה דעתו למפרע.

אולם יש מקום לחלק, דהכא לא שייך לומר דהוי אקראי בעלמא, משום דדוקא

גבי דבר שיש בו סימן, והבעלים מתייאשין, בזה שייך לומר דהוי אקראי בעלמא משום שאפשר לומר דמתחילה הוא לא התייאש, ובסוף שראה שאינו מוצאו, הוא התייאש, אבל משא"כ בדבר שאין בו סימן, דוחק לומר דמתחילה הוא התייאש ואח"כ כשעבר זמן הוא החליט בדעתו שלא להתייאש. [דהסברא הפוכה, דכל כמה שעובר יותר זמן הוי יותר סיבה להתייאש, ולא להיפך].

הרב נפתלי חיים שוחט

בעניין תליה ברוב או בייאוש באבידה

כהקדמה למאמר יש להדגיש ולציין, כי ישנם שני סוגי נידונים של תליה ברוב אשר יתבארו בעז"ה במאמר זה.

א. קיי"ל שהמוצא מציאה במקום שרוב כנענים מצויים שם הרי אלו שלו, ויש להסתפק מה הטעם בזה. צד א' – משום **שיש לתלות שנפל מהרוב כנענים** המצויים שם ומותר לקחתו מדין אבידת עכו"ם המותרת למוצאה [וכמבואר בגמ' ב"ק דף קיג: ובשו"ע סי' רסו]. צד ב' – שמא יש לומר שהוא מטעם **יאוש**, שהבעלים מתייאשים כי סבורים שגוי ימצא את האבידה ויטלנה לעצמו. ושאלה זו נוגעת למעשה, אם מצא מציאה במקום של רוב עכו"ם אך על החפץ מופיע שם וכתובת של יהודי, או שמצא דבר שיכול להיות רק משל ישראל [כגון ספרי קודש, תפילין וכיו"ב], אם נאמר שהטעם הוא משום שהבעלים מתייאשים א"כ גם באופן כזה יהיה מותר לקחת את האבידה – שהרי הבעלים נתיאשו, אמנם אם נאמר שהטעם הוא משום שיש לנו לתלות שנפל מן העכו"ם ומדין אבידת עכו"ם המותרת למוצאה, א"כ באופן זה אסור למוצא לקחת את האבידה לעצמו, שהרי במקרה זה גלוי וידוע שהחפץ נפל מישראל.

ב. אם נאמר שהטעם שמותר לקחת את המציאה הוא מטעם יאוש, גם כן יש להסתפק מה הטעם שהבעלים מתייאשים. מצד אחד יש לומר, משום שסבורים **שגוי ימצא את המציאה** ויטלנה לעצמו. מצד שני יש לומר, שהגם שהבעלים סבורים **שישראל ימצא את המציאה** מ"מ מתייאשים, כי תולים **שבוודאי יחשוב המוצא שהחפץ נפל מרוב עכו"ם** המצויים כאן ויטלנה לעצמו כדין אבדת עכו"ם המותרת למוצאה. וגם שאלה זו נוגעת למעשה באופן שמצא מציאה באזור חילוני, אם נאמר שהטעם שהבעלים מתייאשים הוא משום שהגוי ייטול את האבידה א"כ גם כאן יש יאוש, משום שלהבדיל החילונים ודאי ייטלו את המציאה לעצמם. אבל אם נאמר שהטעם שהבעלים מתייאשים הוא מחמת שהמוצא יחשוב שנפל מהרוב גויים, א"כ באופן שאיבד אבידה באזור חילוני לא מתייאשים הבעלים, שהרי המוצא אין לו

לתלות ברוב, שהרי גם אבידתם של החילוניים חייבים להחזיר וכמו שנתבאר בשו"ע שם.

ועל ב' הנידונים יש כמה וכמה ראיות לכאן ולכאן, ודנו בהם גדולי האחרונים, ואמרתי אחכמה לנסות לסכם את הסוגיא בצורה ברורה בעזהשי"ת.



חלק א

האם יש דין תליה ברוב כשמצא במקום שרוב עכו"ם מצויים שם

מקור הדברים ❖ מחלוקת הט"ז והסמ"ע וההוכחות ❖ קושיות על שיטת הט"ז

כנענים הרי אלו שלו מפני שהבעלים נתייאשו מהן, ובגמ' הסתפקו אי פליגי רבנן עליה, וכתבו התוס' (שם ד"ה את"ל) דלעניין רוב כנענים ודאי פליגי רבנן עליה ואין כאן הסתפקות בזה, וכל האיבעיא היא אי פליגי רבנן עליה ברוב ישראל.

ויש לחקור, מה טעם אמרו שהמוצא במקום שרוב עכו"ם מצויים שם הרי אלו שלו. לפום ריהטת לישנא דגמ' היינו אומרים שהטעם הוא משום שהבעלים מתייאשים מהחפץ, וכן מוכיח לשון הגמ' "המוצא בסרטיא ופלטיא גדולה ובכ"מ שהרבים מצויין שם הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשין מהן". היינו מטעם ייאוש.

אמנם בתוס' שם (ד"ה כי) מוכח דס"ל שיש גם טעם של תליה ברוב,

מקור הדברים

איתא בגמרא (ב"מ כד.) "וכן היה ר"ש בן אלעזר אומר, המציל מן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס ומן זוטו של ים ומשוליתו של נהר, המוצא בסרטיא ופלטיא גדולה ובכל מקום שהרבים מצויין שם, הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשין מהן. איבעיא להו, כי קאמר רבי שמעון בן אלעזר ברוב כנענים אבל ברוב ישראל לא, או דלמא אפילו ברוב ישראל נמי אמר. אם תמצא לומר אפילו ברוב ישראל נמי אמר, פליגי רבנן עליה או לא פליגי. ואם תמצא לומר פליגי, ברוב ישראל ודאי פליגי, ברוב כנענים פליגי או לא פליגי. ואם תמצא לומר פליגי אפילו ברוב כנענים, הלכה כמותו או אין הלכה כמותו" כו'. מבואר בגמ' דרשב"א קאמר שהמוצא מציאה במקום שרוב של רוב

סימן מהו א"ל חייב להחזיר. תרתי, א"ל לפני משורת הדין. ע"כ. ולכא' אם נאמר דרבנן מודים לרשב"א באופן שלא ראה המוצא ממי נפל אין כאן שום קושיא "תרתי", שזהו ממש שיטת רבנן שבאופן שלא ראה ממי נפל הרי אלו שלו דתלינן ברובא, אולם אם בא ישראל ונתן בה סימן חייב להחזיר דאז מתברר שנפל מישראל ורבנן ס"ל דאין אומרים שהבעלים נתייאו [דבהא פליגי ארשב"א]. אלא על כרחך דרבנן פליגי על רשב"א בב' הסברות, וא"כ מנ"ל לתוס' לומר דטעמו של רשב"א הוא משום דתולה ברוב וכו"ל.

וכתב רעק"א, דלכא' היה ניתן להוכיח דלרשב"א מוכרח הדבר דתולים ברוב מסוגיא דטמון. בגמ' בסוגיין מובאת משנה במס' מכשירין (פ"ב מ"ח), "מצא בה אבידה, אם רוב ישראל חייב להכריז ואם רוב כנענים הרי אלו שלו". ואוקמוה בגמ' [לחד אוקימתא] אליבא דרשב"א, והכא במאי עסקינן בטמון באשפה שאינה עשויה לפנות ונמלכו עליה לפנותה. דבכה"ג ברוב ישראל חייב להכריז משום שהבעלים לא נתייאו, דלא אסקו אדעתיהו שמישהו ימצא את המטמון. וא"כ בכה"ג ברוב כנענים הרי אלו שלו. ולכא' קשה הרי הבעלים לא נתייאו. כתבו התוס' (ד"ה בטמון) "דברוב כנענים הוי שלו דתלינן דכנענים הטמינוה דהוי רובא". וכותב רעק"א דלכא' מכאן מוכח דרשב"א צריך להזדקק לסברת תלייה ברוב,

שהקשו למה נצרך רשב"א לסברא שהבעלים מתייאים מהן, תיפוק ליה דתלינן שנפל מרוב עכו"ם. ותירצו התוס', דטעם ייאוש בעינן היכא שהמוצא ראה שנפל מישראל, דבכה"ג ליכא למימר טעם תלייה ברוב ויש רק סברא דייאוש. משמע דבעלמא אמרינן תרווייהו, הן טעם דתלייה ברוב והן טעם דייאוש.

מקשה רעק"א, לפי דברי התוס' נוכרח לומר שרבנן החולקים על רשב"א - וסוברים שהמוצא במקום של רוב כנענים חייב להכריז - חולקים עליו בתרתי, הן דלא תלינן דמרובא עכו"ם נפל והן דהבעלים גופיה לא מייאש, ומנא להו להתוס' לומר כן בשנותם את טעמו של רשב"א. לימא דסברת רשב"א הוא משום שהבעלים מתייאים לחד, ולעולם לא תלינן ברובא, ופליגי רבנן עליה בחדא וס"ל שהבעלים אינו מתייאש ברוב עכו"ם, ונמצא שרבנן ורשב"א שווים בסברא שאין תולים ברוב. ולמה להו להתוס' להרבות מחלוקות.

ומציין רעק"א דליכא למימר דאיה"נ, רבנן חולקים על רשב"א רק באופן שראה המוצא ממי נפל דאז סבירא להו דחייב להכריז, משא"כ כשלא ראה אז תלינן דמהרוב נפל, משום שיש כמה הוכחות בגמ' דלא אמרינן כן. ואחד מהם הוא דאיתא בגמ', רב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמר שמואל בשוקא, אמר ליה מצא כאן ארנקי מהו א"ל הרי אלו שלו, בא ישראל ונתן בה

אין חייב להכריז". מדייק הפנ"י מה יהיה הדין במחצה על מחצה, דלכאור' מרישא משמע דדוקא ברוב ישראל חייב להכריז הא מחצה על מחצה אין חייב להכריז, ומסיפא ניתן לדייק להיפך, דברוב כנענים דייקא אין חייב להכריז הא במחצה על מחצה חייב. אלא שבסיום המשנה שם במכשירין מובא להדיא שבמחצה על מחצה חייב להכריז. וא"כ קשה, מדוע נקט ברישא רוב ישראל, הרי גם במחצה על מחצה יהיה הדין שחייב להכריז.

ומתריץ הפנ"י, דאם ראה ממי נפל חייב להכריז, משום שהבעלים לא מתייאשים מהאבידה. שהרי הבעלים מחשבים שיש בעיר מחצה על מחצה, והוא עצמו חלק מהמחצה ישראל שישנם בעיר, וא"כ ישנם חמישים אחוזי סיכוי שישאל ימצאהו וחמישים אחוזים שגוי ימצאהו, ובמחצה על מחצה אינו מתייאש ומשו"ה חייב להכריז. והיינו הא דקתני במתני' דבמחצה על מחצה חייב להכריז. משא"כ באופן שהמוצא לא ראה ממי נפל, דאז יש להסתפק אם נפל מאחד מחמישים הגויים או מאחד מארבעים ותשעה הישראלים [שהרי המוצא דר כאן והוא בוודאי לא איבדו] בכה"ג יש לנו לתלות דמאחד מהרוב גויים נפל והרי אלו שלו. וזה הכוונה בהדיוק מהרישא דדווקא ברוב ישראל חייב להכריז אבל במחצה על מחצה הרי אלו שלו, משום שהמוצא תולה שנפל מאחד מהרוב עכו"ם. ולפי האוקימתא של הפנ"י איתא במשנה

ומכאן הוציאו התוס' הנ"ל דלרשב"א תלינן ברוב.

ומלאך ה' דוחה דאין לומר כן, שהרי הגמ' אוקמא להך משנה כרשב"א וס"ל דאפי' ברוב ישראל הרי אלו שלו, והרי כל הטעם דס"ל לרשב"א כן הוא משום דאמרינן שהבעלים נתיאשו, וליתא לסברא דתלייה ברוב במקום של רוב ישראל – שהרי אינו שייך [דאם נאמר דאין כאן ייאוש א"כ לא יועיל שום תלייה ברוב, שהרי הרוב הם ישראלים ולא נתיאשו]. והדרא קושיא לדוכתה, מנא להו להתוס' לומר כן דפליגי רשב"א ורבנן בתרתי, דלרשב"א אמרינן הן שהבעלים מתייאשים והן שתולים ברוב, ורבנן חולקים עליו בתרווייהו. "וזהו לכאורה תמיהה גדולה ועצומה על רבותינו בעלי תוס' ז"ל" (לשון רעק"א).

ומיישב רעק"א בדוחק, שהיה משמע לתוס' מהמשנה במכשירין דלרשב"א תולים ברוב ולא הווי רק מטעם ייאוש גרידא, משאר המשניות שם המדברים באופנים של תלייה ברוב. וכגון הא דקתני התם, "מצא בה תינוק אם רוב נכרים – נכרי, ואם רוב ישראל – ישראל". ופשוט שאין שייך שם טעם ייאוש והוא רק מטעם שתולין ברוב. וביותר, מציין הרעק"א, דלפי דברי הפני יהושע מוכרח דמתני' מיירי מטעם תלייה ברוב, וכדלקמן.

איתא בגמ', "ת"ש מצא בה אבידה אם רוב ישראל חייב להכריז ואם רוב עכו"ם

ממתני' דמכשירין שמשמע שם שתולין ברוב. הפנ"י כותב שהמשנה דמכשירין מוכרח להיות מטעם תלייה ברוב, וחוזר בו שאינו מוכרח. ואי"ה לקמן בחלק ב' אשוב לדון בסוגיא מורכבת זו ובהמשך דברי רעק"א בסוגיין בס"ד.

מחלוקת הט"ז והסמ"ע וההוכחות

איתא בשו"ע (סי' רנט ס"ג): "המוצא מציאה במקום שישאל מצויים שם חייב להכריז, שלא נתייאשו הבעלים. ואפי' העיר מחצה עובדי כוכבים ומחצה ישראל, או אפילו רובה עובדי כוכבים והוא מצאה במקום שרוב העוברים שם ישראל, חייב להחזיר. אבל אם רוב העיר עובדי כוכבים, או אפי' רובה ישראל ומצאה במקום שרוב העוברים שם עובדי כוכבים, אינו חייב, אפילו אם ידע שמישראל נפלה ויש בה סימן, שודאי נתייאשו הבעלים. וכגון שהוא מדברים שיש לתלות שידע מיד בנפילתו, וכמו שיתבאר". וכתב הסמ"ע שם (סק"ו) עמש"כ המחבר דברוב העיר עכו"ם והוא מצאה במקום שרוב העיר ישראל חייב להכריז, דלכאור' יש להקשות הא קיי"ל רוב וקרוב הלך אחר הרוב, וכיוון שרוב העיר עכו"ם יש לנו לילך אחר הרוב ויהא מותר ליטול את האבידה. ומתוך, דה"מ דאמרינן רוב וקרוב הלך אחר הרוב היינו כשהספק אינו נמצא בתוך הרוב או הקרוב [כגון יונים הנמצאים חוץ לשובך], אבל בנידו"ד שהספק נמצא בתוך הקרוב ממש, שבאזור שנמצאה

כמעט להדיא דהרי אלו משום דתלינן ברוב, וא"כ – כותב הרעק"א – ניתן לומר שזהו המקור של תוס' לומר דפליגי רשב"א ורבנן גם בדין תלייה ברוב אי תלינן ברוב או לא.

אמנם הפנ"י גופיה דוחה דבריו מהמשך דברי הגמ' גבי טמון וכפי שנתבאר כבר לעיל, דבטמון אין שייך ייאוש כי הבעלים אינם יודעים שהמפנים נמלכו לפנות את האשפה ומצאו את החפץ, ואינם מתייאשים מהחפץ כלל, וע"כ הא דברוב כנענים הרי אלו שלו הוא מטעם תלייה ברוב. וא"כ קשה, באופן של מחצה על מחצה אמאי חייב להכריז, דל מוצא מהכא פש להו רובא כנענים [נ' כנענים ומ"ט ישראל] ונתלה שהכנענים הטמינוהו. אלא – כותב הפנ"י – צריך לומר דמחצה על מחצה מיירי שישנם בעיר מחצה ישראל ומחצה כנענים מלבד המוצא. ואי קשיא לך דיוקא [דרוב ישראל חייב להכריז משמע הא מחצה על מחצה הרי אלו שלו, ומסיפא מדויק איפכא], צ"ל דאין לדייק כן וכדמוכח משאר המשניות שם שאין מדייקים כן [וכמשנ"ת לעיל בדברי רעק"א].

לסיכום: בגמ' מצינו דלרשב"א אם מצא אבידה במקום של רוב כנענים הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשין מהן משמע דהוא מטעם ייאוש, אמנם בתוס' מבואר שהבינו שהוא גם מטעם תלייה ברוב, ומקור הדברים לפי מסקנת הרעק"א הוא

עכתו"ד הט"ז. עכ"פ נמצא לפנינו שיטת הט"ז שסובר, דהטעם שכרוב עכו"ם הרי אלו שלו הוא משום שהבעלים נתיאשו, ולא מטעם דתלינן שנפל מרוב עכו"ם.

ויש לציין שכשיטת הט"ז למד גם הפנ"י בדברי התוס' בסוגיית תליה בתר בתרא (בגמ' ב"מ כו. ובשו"ע סי' רס"ג). דהנה שם נחלקו רש"י והרא"ש עם תוס' והרמב"ם מהי קושיית הגמ' דניזיל בתר בתרא, שרש"י למד הסוגיא שם שהבעה"ב אינו נמצא בבית והשוכר אחרון ג"כ כבר יצא משם, וקושיית הגמ' היא דניזיל בתר בתרא היינו שנאמר שהוא מן האדם האחרון שהיה דר שם. וע"ז מתרצת הגמ' דמיירי שעשאו פונדק לג' עכו"ם. וכתב רש"י שהוא הדין לעכו"ם אחד, אלא אידי דנקט מקודם ג' ישראלים נקט עכשיו ג' עכו"ם, והכוונה היא שתולים לומר שהיא מן השוכר האחרון שהיה דר שם².

בתוכו האבידה מצויים רוב ישראל, אז אזלינן בתר הקרוב ולא בתר הרוב. וכן ביאר גם בפרישה.

אבל הט"ז נחלק על זה ותברא בצידיה, שהרי מהגמ' בב"ב (כד.) משמע דאפילו כשהספק נמצא במקום של הקרוב ג"כ היה מן הדין לילך בתר הרוב וקשיא על הסמ"ע, לכן ביאר הט"ז שהואיל ואפשר לברר הדבר על ידי הכרזה, חייבו חכמים להכריז, שהרי יתכן שהאבידה הייתה שייכת ליהודי והוא איבדה – דהא מיירי שמצאה במקום שרוב ישראל מצויים, על כן חייבו אותו חכמים להכריז¹. ומוסיף הט"ז לבאר, שהרי כל הטעם דברוב עכו"ם הרי אלו שלו הוא מטעם שהבעלים נתיאשו, ואפילו אם הבעלים ישראל ג"כ מייאש נפשיה מן האבידה, ולכן כשיש סברא לומר שהבעלים לא נתיאשו שהרי האבידה נמצאה במקום שרוב ישראל מצויים, תקנו חכמים להכריז.

1 והט"ז מציין לדברי התוס' בב"ב (כג. ד"ה והא) ובב"ב (כג. ד"ה חוק) שם איתא פעמיים יסוד זה, דהיכא דאפשר לתקן להשיב ממון לבעלים ע"י הכרזה מתקנינן. ובביאור דברי התוס' שמעתי מהרה"ג רבי יצחק בריזל שליט"א, שציין לדברי הרא"ש בריש אלו מציאות (סו"ס א') שכתב לגבי האיבעיות של רב ירמיה שהואיל וספק הוא חייבים להכריז. ואין אומרים בהשבת אבידה דספק ממונא הוא ולקולא, אלא ספק איסורא הוא ולחומרא. וא"כ ה"ה הכא, הואיל ועל ידי הכרזתו אפשר שיתברר מיהו הבעלים, רמו חכמים עליה חובת הכרזה ואין מקילים בדבר, דהוי ספק איסור ולחומרא.

2 והא דלא תלינן שמא האבידה היא משל השוכרים שקדמו לשוכר זה, תי' רש"י (שם ד"ה הכא) שהשוכרים הראשונים כבר נטלו את שלהם ויצאו, ואם שכחו משהו כבר מצאו השוכר האחרון ונטלו. ע"כ שהמציאה הנמצאת לאחר יציאת השוכר האחרון הייתה של השוכר האחרון שהוא שכחה, והואיל והוא עכו"ם מותר ליטול את החפץ כדין אבדת עכו"ם. והקושיא מבוארת – ממ"נ, אם נאמר שהראשונים חפשו ובדקו חיפוש הגון לא נשאר אחריהם מאומה והשוכר אחרון ג"כ כיבד יפה את הבית מדוע נתלה שהאבידה היא שלו טפי משאר השוכרים שקדמו לו, ואם נאמר שהראשונים לא חפשו חיפוש הגון ויתכן ששכחו אבדות וה"ה השוכר אחרון, מדוע נתלה בשוכר אחרון, הא יתכן ג"כ שהאבידה היא משל השוכרים הראשונים. מבואר בריטב"א (ד"ה מי) שכל שוכר טרם יציאתו מכבד את הבית ובדקו, אולם יתכן שישכח כמה דברים. וא"כ

לומר שנפל מרוב עכו"ם, - וא"כ כל כמה שיש לנו יותר אנשים מבעה"ב הרי יש לנו רוב, ואפילו בגוי אחד סגי לעשות רוב עכו"ם, אלא תוס' סברו דהא דרוב עכו"ם הרי אלו שלו הוא מטעם יאוש, שהבעלים מתייאשים כי סבורים שגוי ימצא את האבידה. ובכדי שיהיה יאוש לא סגי בגוי אחד יתר על בעה"ב, אלא בעינן "ציבור גויים". ורק בכה"ג מתייאש הבעה"ב. וציבור כזה ליתא בפחות משלושה⁴.

ומצינו לט"ז גופיה בסי' רס שביאר על פי דרכו. שכתב להשוות שיטת רש"י והרא"ש עם שיטת תוס' והרמב"ם דלא פליגי אהדדי, דתוס' והרמב"ם למדו דמיירי שיש הרבה אנשים בבית שנכנסים ויוצאים, ויתכן שהאבידה נאבדה מהם ולא דווקא מבעה"ב.

אמנם תוס' למדו שהשוכרים עדיין לא יצאו מן הבית והבעה"ב דר שם עמהם, וקושיית הגמ' היא דניזיל בתר בתרא שהוא הבעה"ב – שנתלה לומר שהוא איבדה. ותי' הגמ' דמיירי שעשאו פונדק לג' עכו"ם, היינו שיש שם ג' עכו"ם יחד עם הבעה"ב, ולכן לא אזלינן בתר בתרא לומר שהחפץ שייך לבעה"ב משום שנתייאש מיד כשאיבדו כי סובר שהעכו"ם ימצאוהו וייטלו אותו לעצמם. וכתבו התוס' דהיינו טעמא דבעינן ג' עכו"ם ולא סגי בשניים – היינו שיהיה ישראל אחד [הבעה"ב] וב' עכו"ם וניזיל בתר רוב עכו"ם – כתבו התוס' (שם ד"ה לשלושה) משום "דבפחות משלושה לא מיקרי רוב"³. וביאר הפנ"י כוונתו שהוא ממש כדברי הט"ז, דתוס' ס"ל דהא דרוב עכו"ם הרי אלו שלו אין הטעם משום דתלינן

כשהשוכר האחרון בודק את הבית קודם שיוצא הריהו מוצא קצת אבדות מהשוכרים שקדמו, ובבדיקתו זו הוא עושה את אבדות השוכרים הראשונים למיעוטא, ואבדותיו שלו לרובא, והילכך אזלינן בתר רובא ותולים לומר שהאבדות הם של השוכר אחרון.

3 וראיתי באולם המשפט דבר נחמד, שמביא ראייה לכך דבפחות מג' גויים לא מיקרי רוב מהא דקי"ל (במשנה במס' מכשירין הנזכרת לעיל) שאם מצא אבידה בעיר שיש שם מחצה ישראל ומחצה עכו"ם חייב להכריז. וקשה, הרי באופן שיש בעיר בדיוק מחצה על מחצה, והמוצא הישראל אינו חלק מהמחצה ישראל [שהרי הוא בודאי לא איבדו] יוצא שיש בעיר רוב עכו"ם ומיעוט ישראל, והיה הדין צריך להיות כמו שכתוב שם בסיפא, שאם יש בעיר רוב כנענים אינו חייב להכריז. אלא על כרחך שעדיין לא נחשב רוב עכו"ם כשיש אחד עודף, ובעינן שניים כדי שייקרא "רוב כנענים". [ויש רק לציין שהפנ"י לא למד כן ביישוב המשנה הנזכרת וכמש"כ למעלה].

4 אמנם מן הנכון לציין כי מדברי שאר המפרשים שביארו את דברי התוס' ניתן לדייק שלא למדו כשי' הט"ז. דהנה הש"ך (סק"ב) למד דטעם שלושה הוא משום דבעינן רובא דמינכר, ובדבריו אכתי איכא לספוקי מה כוונתו [ניתכן ללמוד בדבריו כהפנ"י]. אך במהרש"א (הו"ד בש"ך) כתב להדיא דטעם שלושה הוא משום שהבעה"ב הואיל וגר שם תדיר מיחשיב כ'קבוע', ושני שוכרים נגד הבעה"ב נחשב כספק של מחצה על מחצה, ורק ג' מכריע שנתלה בעכו"ם. ומשמע דהוא מטעם דין ספק של תלייה ברוב. ועוד יותר מפורש בדבריו, שכתב "ולכא לאוקמא בפונדק אלא במשכירו ודר עם ב' עכו"ם, דהא פשיטא דתלינן ברוב עכו"ם". ודוק.

דיתבי בהו כנענים, ומשו"ה המוצא שם מעות הרי אלו שלו. ומבאר הנימוק"י הטעם (ה"ד ברמ"א סי' רנט ס"ח) וז"ל: "ומשמע מסוגיין, דבתי כנסיות ובתי מדרשות אם הן חוץ לעיר ויתבי בהו כותים לשמור, כיון דכותים יתבי בהו בקבע מחפשיין תדיר וממשמשים כל מה שבבית. אבל ישראל אין מתעסקין שם אלא בתלמוד, ומשו"ה אפילו שרוב הנכנסים שם ישראל הם ה"ל כרוב כותים" עכ"ל. מבואר בדבריו, דהא דקתני בגמ' דבבתי כנסיות דידן דיתבי בהו כנענים הרי אלו שלו הוא מטעם ייאוש, שהבעלים מתייאשים משום שבודאי ימצאהו אחד מן הכנענים המצויים בבית הכנסת [לשמור. רש"י ד"ה דיתבין] ויטול את המציאה לעצמו, והישראלים – על אף שהם הרוב בבית הכנסת – אינם מוצאים אבידות, משום שאין דעתם פנויה לחפש אבידות אלא מתעסקים בתלמוד. ולכאור' יש להקשות, התיינת אי תלינן בייאוש אמרינן דודאי היה כאן ייאוש בעלים. אבל אי תלינן ברוב, לכאור' אם ימצא כאן ישראל מציאה בודאי יתלה שנפל מהרוב - שהם ישראל, ומדוע המוצא מציאה בבית הכנסת הרי אלו שלו. אלא מוכח מכאן כמ"ש הט"ז, דסמכין רק אייאוש בעלים ולא תלינן ברוב. ומשו"ה המוצא מציאה בבית הכנסת דיתבי בהו כנענים הרי אלו שלו⁵.

ואעפ"כ מותר למוצא ליטול את האבידה, משום שהבעלים מתייאשים כי סוברים שג' העכו"ם מצאו את האבידה ונטלוה לעצמם, "ומשום הכי צריך ג' עכו"ם, דבשניים לא מיקרי רוב לעניין שנתייאש בעל האבידה". (לשון הט"ז) משא"כ רש"י והרא"ש מיירי באופן שאין אנשים שנכנסים ויוצאים שם והשוכר אחרון ג"כ כבר יצא משם, שאז פשוט לכו"ע שתולים בשוכר האחרון שהוא איבדו ואין תולים בשום אחד אחר. [ואין להקשות הא הט"ז לא קיימא ליה האי סברא דתלייה ברוב, די"ל דבכה"ג אין זה נחשב כלל תלייה ברוב אלא כמו שראה ממי נאבד⁶] עכ"פ בדברי הט"ז – מה שביאר בשיטת תוס' והרמב"ם – מוכח להדיא כשיטתו, שהגם שלעניין תלייה יש מקום לתלות שנפל מהישראלים הנכנסים ויוצאים, מ"מ הואיל ולעניין יאוש אמרינן שהבעלים מתייאשים כי תולים שגוי מצא את האבידה, משו"ה מותר למוצא לקחתו.

ויש לציין דמצינו עוד מקור לשיטת הט"ז, מהא דאיתא בגמ' (ב"מ כד.) "המוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות ובכל מקום שהרבים מצויין שם הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתייאשין מהן". ואוקמוה בגמ' בבתי כנסיות ובבתי מדרשות דידן

5 סמך לדבר יש להביא מהא דקיי"ל (ב"מ כז. ובשו"ע סי' רסב סי"ז) שתגר הלוקח מבעה"ב פירות ומצא בהן מעות חייב להחזירם לבעה"ב, אע"פ שאין בהם סימן, משום דודאי הבעה"ב איבדם. ופשוט.

6 ויש להעיר שאולי אין זה כ"כ ראייה, ובכה"ג אפילו החולקים על הט"ז יודו שאין לתלות ברוב. שהרי במחלוקת בין הסמ"ע לט"ז נמצא שהט"ז מחמיר, כי הסמ"ע סובר שאפילו במקום שהבעלים לא נתייאשו

כנענים, דאפילו קודם ייאוש לא מיחשיב כבאיסורא אתי לידיה. מדייק הדברי משפט, הרי בסיפא דהאי מתני' דהלוקח מן התגר איתא שאם המעות היו צוררין חייב להכריז, ואי איתא דהתגר קנה הפירות מרוב כנענים מדוע כשהמעות צוררין חייב להכריז. אלא על כרחך דהיכא דליכא ייאוש [דהא מיירי הכא בייאוש שלא מדעת, דלא ידעו הבעלים שנאבדו מהם המעות] לא תלינן ברוב וחייב להכריז, והיינו ממש כדעת הט"ז.

קושיות על שיטת הט"ז

אמנם יש להקשות על הט"ז, מהא דקיי"ל (בגמ' ב"מ כג: ובשו"ע סי' רסב סכ"א) דאבידת צורבא מרבנן בעינן לאהדורה ליה בטביעות עין ואין צורך בסימן. וכתב עלה

עוד ראיתי הוכחה לדעת הט"ז בדברי משפט, שהוכיח מהא דכתב הרא"ש (אלו מציאות סימן ט) דחצרו אינו קונה לו בדבר שאינו הווה להימצא, מהא דאיתא (ב"מ כו:): שהלוקח מן התגר [שלוקח תבואה מאנשים הרבה. רש"י בדף כו. ד"ה בלוקח] פירות ומצא בהן מעות הרי אלו שלו. ולכאור' קשה, תיקני ליה חצרו של תגר להתגר, ואמאי קנאה הלוקח. אלא מכאן מוכח דדבר שאינו עתיד להימצא אין חצרו קונה לו. ומקשה המהרש"א (בדף כו. ד"ה תוס' בד"ה דשתיק), הרי מדובר כאן בייאוש שלא מדעת ובאיסורא אתי לידיה, והיאך יש ראייה מכאן דהתגר לא קנה משום דחצרו לא קנתה בדבר שאין הווה להימצא, הרי הא דלא קנה הוא מטעם דבאיסורא אתי לידיה. ומתרץ המהרש"א דמיירי בתגר שקונה מרוב

אפ"ה אין צריך להכריז ויכולים ליטול החפץ, ומסברת תלייה ברוב, שאנו דנים שמא מאחד מהרוב עכו"ם נפל ומותר לנטלו. והט"ז החמיר על פי סברת ב' הדיבורים של תוס' [המצויינים לעיל בהערה 1] שכתבו דכל כמה דאפשר לתקן ע"י הכרזה מתקנינן, ומשו"ה אפילו אם יש מקום לתלות ברוב אעפ"כ אנו מחמירים ואין תולים ברוב, הואיל ועדיין לא היה כאן ייאוש בעלים. משא"כ הכא שהט"ז גופיה מיקל, דהכא מיירי שהבעלים כבר נתייאשו, אין סברא לומר דהחולקים על הט"ז יבואו להחמיר ולחייבו בהכרזה משום שתולים ברוב.

אולם נ"ל דאין זה נכון, שהרי כל המקור של הסמ"ע וסיעתו הוא מדברי התוס' בדף כד. והתם מיירי במצא במקום של רוב עכו"ם דאיתא בגמרא עלה דהרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשין מהן, והוסיפו התוס' שם עוד טעם וכתבו שיש גם סברא של תלייה ברוב דמשו"ה הרי אלו שלו. ומשמע מדברי התוס' שאם היה רק סברת ייאוש בלא סברא דתלייה ברוב היה הדין דחייב להכריז או עכ"פ יניח, אלמא דסברת תלייה ברוב אינו רק להקל [במקום שלא היה ייאוש לפטרו מלהכריז הואיל ותלינן ברוב] אלא גם להחמיר [במקום שהיה ייאוש ולא תלייה ברוב שחייב להכריז הואיל ועדיין יש מקום לתלות ברוב].

ומעתה יוקשה על הט"ז, אם כל יסודו של הט"ז בנוי על דברי התוס' הנ"ל דכל כמה דאפשר לתקן כו', מדוע במקום שיש ייאוש ואין תלייה ברוב אמרינן דהרי אלו שלו דסמכין איאוש, מאותה סברא של התוס' דכל כמה דאפשר לתקן כו' נאמר ג"כ שחכמים חסו על המאבד גם באופן כזה ונחייב המוצא בהכרזה. וי"ל, באופן שהיה ייאוש אין אנו מרחמים על המאבד לחייב את המוצא בהכרזה, דהא סו"ס היה כאן ייאוש וכבר יצא מרשותו. ועדיין יש מקום עיון רב בכל זה, וכל פטטיא בישין בר מפטטיא דאורייתא.

שהת"ח הבעלים נתיאש, תיפוק ליה שיש היתר זכייה בדבר משום דתלינן דמרוכא נפל, וכשיטתו בסמ"ע (המובא לעיל) דתלינן ברובא. ויל"ע⁷.

עוד יש להקשות על הט"ז, מהא דכתב הרמ"א (סי' רנט ס"ג) וז"ל, "אם איבד ספרים לא מייאש מינייהו אפילו במקום של רוב עכו"ם". ולכא' משמע להדיא דסבר כהסמ"ע, שהרי לפי הט"ז הגם שאם נתלה ברוב היינו מחייבים אותו להכריז, מ"מ הואיל ובפועל מתייאשים הבעלים – מחמת שסבורים שגוי ימצא את האבידה – היה צריך להיות הרי אלו שלו.

ויש ליישב קושיא זו בג' אופנים: א' – אם נאמר דכל סברת הט"ז שאין תולים ברוב הוא רק להחמיר אבל לא להקל, א"כ בצירוף דידן יודה הט"ז שחייב להכריז דלחומרא לא נאמר שאין תולים ברוב. [ועיין לעיל הערה 6] ב' – אם נאמר שהטעם שמחמתו נתיאשו הבעלים הוא בצירוף ב' הסברות, הן משום שגוי ימצא את האבידה, ואפילו אם ישראל ימצאנה יתלה שנפל מגוי, בכה"ג ליכא הסברא השניה, ואם כן ליכא ייאוש. [ועיין לקמן חלק ב' בארוכה בנידון זה] ג' – הסמ"ע גופיה כתב הטעם (שם

הרמ"א, "ודווקא אם מצאו במקום שתלמידי חכמים מצויין כגון בבית המדרש, אבל בלאו הכי אינו חייב להכריז". ולכא' קשה על הט"ז דמשמע מכאן דתלינן ברובא, והואיל ובמקום זה הווי רוב של אינם תלמידי חכמים – אין חייב להכריז, והרי ליכא הכא ייאוש, ולפי הט"ז אמאי לא יכריז.

ויש לומר דאיה"נ, אין כאן חיוב להכריז – אבל אסור למוצא ליטלו לעצמו, אלא יניח. וביותר מדויק הדבר מדברי הב"ח שם, דכתב הב"ח דאפילו במקום שאין חייבים להכריז, אם בא ת"ח ואמר איבדתי כלי ומכירו בטביעות עין, חייב המוצא להחזירו לו. ומוסיף הב"ח שכן משמע גם ברמב"ם ובב"י. שמע מינה דהואיל וליכא ייאוש לא זכה בו המוצא עדיין, ולא תלינן ברוב לומר הואיל ורוב המאבדים כאן אינם תלמידי חכמים ובחפץ זה ליכא סימן, מותר למוצא ליטלו לעצמו.

אמנם על הפרישה שם יש להקשות, שהפרישה שם חולק על הב"ח וס"ל דבכה"ג מתיאש הת"ח המאבד, ואם מצא במקום שאין ת"ח מצויין ובא אחר כך ת"ח ואמר טביעות עינא אית לי בגווה, אין צריך המוצא להחזירו לו מכיון שהת"ח נתיאש כבר. ולכא' קשה, אמאי נצרך הפרישה לומר

7 ויש מקום לדחות דמדברי הב"ח אין ראיה דלא תלינן ברוב, שאפשר שתולין ברוב אלא דהב"ח מיייר כשת"ח בא ואומר שלי הוא, דאז הרי נתברר שהוא של ת"ח ואין לתלות ברוב. וע"ז כתב הב"ח דליכא יאוש. ולפי"ז יש ליישב גם מה שמקשה על הפרישה, דהכא שאני שהרי נתברר שהוא של ת"ח, וע"ז מחדש הפרישה דאעפ"כ מותר למוצא ליטלו מדין ייאוש. – הערת ראה"כ שליט"א.

שם (וכן כתבו התוס' להדיא וכפמשנ"ת לעיל), אבל לט"ז דלא חיישינן לכך וסמכינן רק על ייאוש בעלים קשה, שהרי הבעלים לא נתייאשו מזה דלא אסקו אדעתייהו שיבוא אחד לחפש המטמון. ולמה ברוב כנענים אמרינן דהרי אלו שלו⁸.

ונתחבטתי רבות בקושיא זו ולא מצאתי לו פתרון, עד שהראוני דברי השיטמ"ק (בב"מ כד. על הסוגיא שם) שמביא דברי הריטב"א ותלמיד רבינו פרץ שכתבו בסגנון אחד, דגם בטמון ישנו ייאוש בעלים, "שדרך הגויים לחפש באשפות ולגלות הטמון שם". (לשון הריטב"א) וא"כ המטמין חפץ באשפה במקום שרוב גויים מצויים הרי זה אבידה מדעת ובוודאי מתייאשים הבעלים מהחפץ, כי יודעים שהגויים מחפשים באשפה וחושפים את המטמוניות שבתוכה. ובתלמיד הר"פ מבואר יותר, דברוב ישראל אם יחפשו שם אנשים שאינם מהוגנים וירצו ליטול המטמוניות, יבואו אנשים מהוגנים וימחו בידם, ומשו"ה לא נתייאש הבעלים כשמטמין שם. אבל ברוב גויים ודאי מייאש, דמימר אמר מי ימחה בידם. ולפי"ז נתייבשו דברי הט"ז באופן מרווח, דהא דאמרינן שהמוצא באשפה במקום של רוב כנענים הרי אלו שלו אינו מטעם תלייה ברוב כמ"ש

סק"ח) מדוע חייב המוצא להכריז, "דאין מדרך לקנותם אלא ישראל, ואינו מייאש מהן, דסבר שיכריז ישראל הקונה ואתן בהן סימן". מבואר בדבריו דאפילו אם גוי ימצא את האבידה וייטלנה לעצמו גם כן לא מתייאש המאבד, שהרי אין לגוי מה לעשות עם חפצים כאלו ובודאי ימכרם לישראל, והישראל הקונה ינסה לברר מי איבדם ומסתמא יגיע עד לישראל המאבד, ולכן ליכא ייאוש כלל, ואפילו לדעת הט"ז חייב להכריז בכה"ג. ובאמת שמדברי הרמ"א משמע כשני התירוצים האחרונים, שכתב "דאם איבד ספרים לא מייאש מינייהו". משמע דאין הטעם משום שאנו תולים שנפל מישראל, אלא אפילו הישראל המאבד לא מתייאש מינייהו.

ויש להקשות עוד קושיא על הט"ז מתוס' דטמון המובא לעיל, דבגמ' מוקמינן למשנה דמכשירין בטמון באשפה שאינה עשויה לפנות ונמלכו עליה לפנותה, דבכה"ג במקום שרוב ישראל מצויין שם חייב להכריז משום דליכא ייאוש בעלים, ובמקום שרוב כנענים מצויים הרי אלו שלו. ואמאי – הא לא נתייאש הבעלים מיניה. ובשלמא לדעת התוס' אתי שפיר משום דתלינן ברובא ואמרינן דמסתמא אחד מהרוב כנענים הטמין

8 הערה נחוצה: לאורך כל הדרך פירשתי את הסוגיא כפי שיטת רעק"א, ולשיטתו באמת קשה קושיא זו, משום שלמד דלהט"ז כל היכא דליכא ייאוש הווי הדין הרי אלו שלו. אולם יש לציין כי בשושנת יעקב ראיתי שתירץ קושיא זו, דלפי הט"ז המוצא מציאה באשפה במקום של רוב כנענים אין חייב להכריז, ומ"מ אסור גם כן ליטלו לעצמו, אלא יניח. ועיי"ש בארוכה שביאר מהלך אחר במחלוקת הסמ"ע והט"ז.

בתר בתרא בב' עכו"ם ובעה"ב, דמיירי שלא נכנסים שם אנשים זרים ולפיכך באופן כזה תלינן ודאי שנפל מהרוב שהם העכו"ם. וזוהי קושיא עצומה על הט"ז, דהא הט"ז ס"ל דלא תלינן ברוב כלל, והט"ז גופיה כתב ממש על אופן זה - ובאותו סעיף קטן - דלא תלינן ברוב. ויאוש ג"כ לא הווי, דהא הט"ז גופיה כתב ג"כ שם דכדי שיהיה יאוש בעלים בעינן ג' שיהיה "ציבור גויים" ובשניים לא הווי ייאוש. וזוהי קושיא עצומה על הט"ז ולא ראיתי מי שנתעורר בזה, ומצווה ליישב¹⁰.

התוס', אלא מטעם ייאוש וכדעת הריטב"א ותלמיד הר"פ⁹.

אמנם יש להקשות קושיא אלימתא על הט"ז, דהט"ז גופיה סותר דבריו. דהנה בסוגיא דתלייה בתר בתרא כתב הט"ז להשוות הדיעות שלא יחלוקו רש"י והרא"ש עם תוס' והרמב"ם, ומוקים אוקימתא דרש"י והרא"ש מיירי באופן שאין אנשים שנכנסים ויוצאים ואין בבית זה אלא השוכר האחרון הדר בו לבדו, שבאופן כזה ודאי תלינן שנפל מהשוכר האחרון. ומציין הט"ז דלפי"ז אתי שפיר דברי הטור דמוקים הסוגיא דתלייה

סיכום חלק א

איתא בגמרא וכן נפסק להלכה שהמוצא במקום שרוב עכו"ם מצויים שם הרי אלו שלו, ובטעם הדבר מצינו ב' טעמים. בלשון הגמ' איתא שהוא מטעם **ייאוש**, וכן מוכח בתוס' בסוגיית תלייה בתר בתרא שכתבו שכדי שיהא מותר ליטול

9 העירני ידידי הר"ר יעקב ברנשטיין הי"ו לדברי הש"ך בסי' רס ס"א סק"ה, שכתב שהמוצא מציאה בכותל במקום המשתמר, במקום שרוב ישראל מצויים יניח, ובמקום שרוב עכו"ם מצויים הרי אלו שלו. ולכא' המטמין דבר בכותל אין בו משום ייאוש, שהרי הבעלים אינם יודעים שמצאו את החפץ שהטמינו שם, וע"כ טעם היתר הזכייה הוא משום תלייה ברוב. ומדכתב הש"ך שבמקום רוב עכו"ם הרי אלו שלו, ש"מ דהגם דליכא ייאוש - מ"מ מדין תלייה ברוב אנו מתירים למוצא ליטול את האבדה לעצמו, ודלא כהט"ז.

והגם שפשוט שהט"ז יכול לחלוק על הש"ך, מ"מ שלא להרבות במחלוקות יש ליישב כמשנ"ת בדברי הריטב"א הנ"ל, דבמקום שיש רוב גויים וידוע שגויים מחפשים ובודקים בכתלים מתייאשים הבעלים [ואולי יש לדון שמדין אבירה מדעת נגעו בה ואכמ"ל]. אמנם ידידי הנ"ל דחה ומטעם אחר, דהנה הנהיגה"מ שם (סק"ד) נחלק על הש"ך ונימוקו עמו, שהרי גזילת עכו"ם אסורה ורק אבירת עכו"ם מותרת, ואפילו אם הבעלים הם עכו"ם מ"מ כל עוד שלא התייאשו אסור ליטול החפץ, כי הוא ממש גזילת עכו"ם. ורק באופן דידענא שנודע לבעלים שהחפץ אבוד ונתייאשו מותר ליטול החפץ. ולפי"ז י"ל שהט"ז למד כנהיגה"מ, ומיירי שהבעלים ידעו ונתייאשו, ובייאוש בעלים מודה גם הט"ז דמותר ליטול החפץ המוטמן. ודפח"ת. 10 אחר שכתבתי זאת ראיתי מש"כ בזה ידידי הר"ר יוחנן בריזל הי"ו במאמרו הסמוך, עיי"ש שביאר ליישב דברי הט"ז. ועכ"פ אכתי דחוק מאוד. ולפי"ד יתיישב גם מה שקשה מהא דצורבא מרבנן באופ"א, עיי"ש דבריו באורך ותמצא נחת.

אבידה הנמצאת בפונדק בעינן שיהיה שם דווקא ג' עכו"ם ולא פחות, דבפחות מיכן לא מתיימש הבעה"ב. משמע שתוס' למדו ג"כ שסומכים רק על ייאוש הבעלים ולא על טעם תלייה ברוב. ונתבאר שכן מוכח גם בנימוק". והט"ז נקט כן להלכה בכמה מקומות (בסי' רנט סעיף ג', בסי' רס סעיף ג' ובסעיף ח'). והבאנו כו"כ ראיות לדעת הט"ז. [ומה שיש להקשות על הט"ז מסוגיית נהר בירן יתבאר אי"ה בחלק ב']

אמנם בתוס' איתא פעמיים (בדף כד. ד"ה כי וד"ה בטמון) שטעמו של רשב"א הוא מטעם תלייה ברוב, וכן מבואר בסמ"ע להדיא, דאיתא בשו"ע (סי' רנט ס"ד) שהמוצא חביות יין בעיר שרובה עכו"ם יינה אסור בהנאה והקנקן מותר, כתב עלה הסמ"ע (שם סק"ט) "ואפילו אם הוא דבר שלא הרגיש בעליה בנפילתה מיד לא אמרין שמה דישאל הוא והו"ל יאוש שלא מדעת, אלא **תלינן אותו ברוב עכו"ם** ובודאי של עכו"ם היה". ורעק"א הקשה מה הכריחו לתוס' להוסיף טעם אחר, ומסיק שממשמעות המשנה במכשירין יצא להם כן. והפנ"י רצה להכריח כן במשנה במכשירין, וחוזר בו שאפשר לפרש המשנה מטעם אחר.

חלק ב

מה הטעם שהבעלים מתיימשים

דעת תוס' ❖ דעת הפנ"י ❖ דעת רש"י ❖ דעת הנימוק"י והסמ"ע

אם ישראל ימצא את האבידה, מ"מ ייטלנה לעצמו משום שיחשוב שגוי איבדה, וכדין המוצא מציאה במקום שרוב עכו"ם מצויים שם.

איתא בגמרא (ב"מ כד.) דלרבי שמעון בן אלעזר המוצא אבידה במקום שרוב עכו"ם מצויים שם הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתיימשים מהן. והקשו שם התוס' וז"ל: "וא"ת א"כ מה צריך טעם מפני שהבעלים מתיימשים, תיפוק ליה דיש לתלות דמכנענים נפל דהו"ל דאיצטריך

דעת תוס'

אתה הראת לדעת כי ישנם שתי סברות מדוע המוצא במקום של רוב עכו"ם קיי"ל דהרי אלו שלו, או משום שהבעלים נתיימשו, או משום שיש לתלות שמה נפל מאחד מהרוב עכו"ם שהיו כאן. מעתה יש מקום לדון, על צד שהבעלים נתיימשו – מאי טעמא נתיימשו. יש מקום לומר שנתיימשו מחמת שאחד מהרוב עכו"ם שעוברים כאן מצא את החפץ ונטלו לעצמו, אמנם יש מקום לומר שנתיימש מחמת שחושב שאפילו

על המוצא לשומרה ולהניחה, ויכול מיד להשתמש בדבר ולכלות את החפץ כאדם העושה בשלו. ולכן הוצרכו תוס' לפרש בשיטת רשב"א גם הסברא השניה, שיש אופנים שבהם מותר לרשב"א לזכות בחפץ רק מחמת הסברא השניה.

אבל הרעק"א כותב שיש ללמוד בתוס' מהלך אחר, דבאמת גם לרשב"א לא הווי לעולם ייאוש הבעלים אלא בצירוף ב' הסברות הנ"ל, שסוברים שגוי ימצא את האבידה ויטלנה לעצמו, ואפילו אם ישראל ימצאנה יתלה שנפל מנכרי ולא יכריז שמצאה וישנה בקושי להתברר, ומחמת ב' סיבות אלו מתייאשים הבעלים. ובאמת, אם היה רק סברא אחת לייאוש [כגון באופן שמגוף החפץ ניכר שהבעלים הוא ישראל, דאז לא יתלה המוצא שגוי איבדה] ליכא ייאוש בעלים ואסור למוצא ליטלה לעצמו.

ומקשה רעק"א, מנא להו לתוס' לחדש ולומר שרק בצירוף ב' הסברות הווי ייאוש לרשב"א – ולפי"ז נצטרך לומר דפליגי רבנן עליה דאפילו בצירוף ב' הסברות ג"כ לא הווי ייאוש, לימא דרשב"א סובר דבסברא אחת לחוד סגי, שהבעלים מתייאשים כי סוברים שגוי ימצא את האבידה ויטלנה לעצמו. וכמו שכבר מצינו בדברי רשב"א גופיה שסובר כן דבהכי די למיהוי ייאוש, שהרי רשב"א סובר שאפילו המוצא אבידה בסרטיא ופלטאי גדולה במקום שרוב ישראל בוקעים שם הרי אלו

דאפילו יודע ודאי שמישראל נפל קאמר הרי אלו שלו, דהמפסיד מתיאש ואומר דכנענים שקלי ליה. ואפילו אם ישראל ימצאם לא יכריז, דתולה דמן הכנענים נפל דהן רובא". עכ"ל. מבואר בדברי התוס' שנתקשו מדוע נצרך רשב"א לטעם ייאוש, הא בלא"ה מותר ליטול את האבידה מטעם תלייה ברוב. ותירצו התוס' דרשב"א נצרך לטעם זה במקום שהמוצא ראה ממי נפל וראה שנפל מישראל, דבכה"ג ליכא למימר דהרי אלו שלו משום שתלינן שנפל מרוב עכו"ם [שהרי הכא מיירי שראה שנפל מישראל], וע"כ דמותר לקחתו משום שהבעלים מתייאשים מחמת ב' הסברות; הן משום שתולה שגוי ימצא את האבידה, והן משום שחושש שאפילו אם ישראל ימצא את האבידה לא יחזירנה כי יחשוב שמנכרי נפל ויטול את האבידה לעצמו.

מקשה רעק"א, אמאי נצרכו תוס' לשתי הסברות, הרי בפשטות היינו אומרים דלרשב"א הווי ייאוש בעלים משום הסברא הראשונה לחוד [שהבעלים חוששים שגוי ימצא את האבידה], ומאי טעמא בעינן ג"כ לסברא השניה כי חושבים שאפילו אם ישראל ימצא את האבידה לא יכריז כי יתלה שנפל מגוי. ומתרץ, לא נצרכה אלא באופן שהדין הוא יניח, דאז לרבנן לא מתייאש המאבד כלל, משום שסובר שיכריז שאיבד אבידה פלונית וישמע המוצא ויבוא להחזירה לו. משא"כ לרשב"א שהמוצא תולה שאבידה זו נפלה מגוי, שאז אין חיוב כלל

ימצא את האבידה, ומתייאשים ג"כ כי חוששים שגם אם אחד מהמיעוט ישראל ימצא יתלה שנפל מהוב עכו"ם. ובלא צירוף ב' הסיבות לא הווי ייאוש.

ומעתה מקשה רעק"א, יש לדעת מאי טעמא אוקמא הגמ' למשנה דמכשירין דקתני "מצא בה אבידה, אם רוב ישראל חייב להכריז, אם רוב כנענים אינו חייב להכריז" כרשב"א, או כרבנן והא דקתני אינו חייב להכריז אין הכוונה דהרי הוא שלו אלא הדין הוא דיניח. לימא דבאמת רבנן פליגי על רשב"א רק על הסברא דייאוש, שחכמים סוברים שהבעלים אינם מתייאשים מחמת הסברא שגוי ימצא את האבידה, אלא רק מחמת הסברא שהמוצא יתלה שנפל מגוי, ובאופן שמוכח מגוף החפץ שישראל איבדו ליכא ייאוש. [ולכן סוברים רבנן גם כן דברוב ישראל חייב להכריז, משום שאין אנו חוששים שמא ימצאו את האבידה אנשים בלתי מהוגנים] ואם כן יתיישב המשנה הנ"ל גם לרבנן ופשוטו כמשמעו, שהמוצא במקום של רוב ישראל חייב להכריז משום דליכא סברא דייאוש, והמוצא במקום שרוב עכו"ם מצויים שם אינו חייב להכריז - והכוונה היא דהרי אלו שלו, כי באופן כזה ישנה לסברת תלייה ברוב. וא"צ להזדקק לתירוץ הדחוק בגמ' דהכוונה היא דיניח.

אשר על כן כותב רעק"א, דצריכים אנו לומר שהמקור של תוס' דתלינן ברוב — שכבר הוכחנו שלמדו זאת מהמשנה

שלו, וביארו התוס' טעמו, "משום דאיכא אינשי דלא מעלי ושקלי לה". (ב"מ כד. ד"ה אפילו) מבואר דהמוצא אבידה במקום של רוב ישראל הרי אלו שלו, כי הבעלים תולים שמא מצאו אנשים בלתי מהוגנים את החפץ ונטלוהו לעצמם. ולכאור' מוכח מכאן דבסברא דנטילה סגי, וא"צ לסברת תלייה ברוב לומר שנהיה ייאוש. וא"כ מהיכן ראו התוס' לחדש דלרשב"א בעינן ב' הסברות כדי שיהיה ייאוש.

כותב רעק"א דלכאור' היה נראה לומר, דהנה כבר נתבאר לעיל שהמשנה במסכת מכשירין מיירי בדין תלייה ברוב, דקתני שהמוצא אבידה במקום שרוב כנענים מצויים שם הרי אלו שלו והוכיח רעק"א שהסבר המשנה הוא משום שיש לתלות שנפל מאחד מהרוב עכו"ם המצויים כאן, א"כ הוכח ממשנה מפורשת דטעמו של רשב"א הוא משום תלייה ברוב, וא"כ יש להקשות להיפך — הרי ידוע כבר שרשב"א סובר שטעם הייאוש הוא משום סברא דנטילה [שהמוצא ייטול את האבידה שלא כדת, או גוי או ישראלים בלתי מהוגנים] מהא דס"ל דברוב ישראל ג"כ הדין דהרי אלו שלו משום שהבעלים מתייאשים כי סבורים שישראלים בלתי מהוגנים ייטלו את האבידה, וא"כ למאי הלכתא קתני במתני' דמכשירין דתולין מנכרי, תיפוק ליה בלא"ה מטעם ייאוש דנטילה. ולזה הוכרחו התוס' לומר דהייאוש הווי רק מכח צירוף תריויהו, דהבעלים מתייאשים מטעם שסבורים שגוי

שהמוצא לא ראה ממי נפל, דאז יש להסתפק אם נפל מאחד מחמישים הגויים או מאחד מארבעים ותשעה הישראלים [שהרי המוצא דר כאן והוא בוודאי לא איבדו] בכה"ג יש לנו לתלות דמאחד מהרוב גויים נפל והרי אלו שלו. וזה הכוונה בהדיוק מהרישא, דדווקא ברוב ישראל חייב להכריז אבל במחצה על מחצה הרי אלו שלו, משום שהמוצא תולה שנפל מאחד מהרוב עכו"ם. ובזה מיישב הפנ"י הקושיא שפתח בה, דאם ראה ממי נפל אז אמרין שבמחצה על מחצה חייב להכריז וזה הכוונה במשנה שכתוב שם להדיא כן. אבל אם לא ראה ממי נפל אז נכון הדיוק מהרישא, דדווקא ברוב ישראל חייב להכריז הא מחצה על מחצה הרי אלו שלו, משום דמיירי באופן שלא ראה ממי נפל. עכתו"ד הפנ"י.

כותב רעק"א, דלפי הלימוד של הפנ"י אי אפשר לאוקמא האי מתני' אליבא דרבנן, שהרי המשנה [מה שכתוב להדיא, ולא הדיוק] מדברת באופן שראה שנפל מישראל, ואם כן הא דקתני ברוב כנענים אינו חייב להכריז ע"כ מיירי גם כן כשראה שנפל מישראל, ובכה"ג אין הבעלים מתייאשים וכמ"ש הפנ"י, וגם ליכא תלייה ברוב שהרי המוצא ראה שנפל מישראל, ומדוע אפוא נפסק הדין דהרי אלו שלו. אע"כ צריך לומר אחת מהשתיים, או דמתני' אזלא כרשב"א, או דמתני' אזלא כרבנן והא דקתני אינו חייב להכריז הכוונה היא דיניח ולא הרי אלו שלו. ומכאן מוכח דרבנן

במכשירין – אינו כפי שלמד רעק"א בפשיטות, שהוא מעצם סמיכות המשנה לשאר המשניות שם בפרק וכמשנ"ת לעיל, אלא כמו שכתב הפנ"י להכריח דהמשנה מיירי דווקא מחמת הטעם של תלייה ברוב. ולצורך העניין אעתיק שוב את דברי הפנ"י, והמסתעף ממנה להלן.

איתא בגמ', "ת"ש מצא בה אבידה אם רוב ישראל חייב להכריז ואם רוב עכו"ם אין חייב להכריז". מדייק הפנ"י מה יהיה הדין במחצה על מחצה, דלכאור' מרישא משמע דדווקא ברוב ישראל חייב להכריז הא מחצה על מחצה אין חייב להכריז, ומסיפא ניתן לדייק להיפך, דברוב כנענים דייקא אין חייב להכריז הא במחצה על מחצה חייב להכריז, וקשיא רישא אסיפא. אלא שבסיום המשנה שם במכשירין מובא להדיא שבמחצה על מחצה חייב להכריז. וא"כ קשה, מדוע נקט ברישא רוב ישראל, הרי גם במחצה על מחצה יהיה הדין שחייב להכריז.

ומתנין הפנ"י, דאם ראה ממי נפל חייב להכריז, משום שהבעלים לא מתייאשים מהאבידה. שהרי הבעלים מחשבים שיש בעיר מחצה על מחצה, והוא עצמו חלק מהמחצה ישראל שישנם בעיר, וא"כ ישנם חמישים אחוזי סיכוי שישאל ימצאהו וחמישים אחוזים שגוי ימצאהו, ובכה"ג לא מתייאשים הבעלים ומשו"ה חייב להכריז. והיינו הא דקתני במתני' דבמחצה על מחצה חייב להכריז. משא"כ באופן

שחולקים על רשב"א סוברים דאפילו בצירוף ב' הסיבות אכתי ליכא ייאוש¹¹. עכ"פ, נמצינו למדים מכאן מקור נכבד לדברי התוס' שהבעלים מתייאשים רק בצירוף ב' הסברות, וזולת זה לא הווי ייאוש.

דעת הפנ"י

אמנם באמת בעצם סברתו של הפנ"י יש להקשות, דלכאור' דברי הפנ"י מרפסין איגרא. שהרי תורף חילוקו הוא כשראה המוצא ממי נפל – דאז ליכא ייאוש בעלים, לבין כשלא ראה המוצא ממי נפל דאז איכא ייאוש בעלים. והדברים מוקשים מסברא פשוטה, הרי הבעלים אינם יודעים אם יש מאחוריהם אדם הרואה את הנפילה, ואם אמרינן שכשהמוצא אינו רואה את הנפילה תולה ברוב לומר שגוי איבד חפץ זה מחמת החשבון הנזכר [שהרי ישנם בעיר נ' ישראלים ונ' גויים, והמוצא הישראלי ודאי לא איבדו, נמצא שיש רק ארבעים ותשעה ישראלים נגד חמישים גויים ותלינן ברוב שגוי איבדו] א"כ בכל אופן היה צריך להיות ייאוש בעלים – גם כשהמוצא ראה שמישראל נפל, והדין היה צריך להיות דהרי אלו שלו. כן מקשה רעק"א.

אלא מכאן ראה – מדייק רעק"א – שהפנ"י למד גם כן דבעינן צירוף ב'

הסברות כדי שיהיה ייאוש, וזולת זה באחת מהנה לא היו הבעלים מתייאשים. ולפי"ז מאירים דברי הפנ"י כספירים, דבאמת לעולם הוי ייאוש בעלים משום שהמוצא יתלה שנפל מרוב עכו"ם, אמנם ייאוש מחמת שגוי ימצאהו ליכא וכנ"ל [שהבעלים מחשב שישנם בעיר נ' ישראלים ונ' עכו"ם, והמאבד עצמו יכול גם כן למצוא את אבידתו והרי זה מחצה על מחצה ואינו מתייאש], וכפי שנתבאר לעיל ייאוש כזה אינו ייאוש. וא"כ מחשבים הבעלים שיכריזו שאיבדו חפץ פלוני, וישמע המוצא ויבוא לפניהם, ויתנו לו סימן ויקבלו את החפץ חזרה. משא"כ באופן שהמוצא לא ראה ממי נפל, שאז יש לו באמת לתלות שנפל מאחד מהרוב עכו"ם ויכול ליטול את החפץ לעצמו ואפילו לכלותו – כדין אבידת עכו"ם, אז באמת הדין דהרי אלו שלו.

וקשה לי על תירוצו של רעק"א, דלפי"ד הגם דליכא ייאוש מ"מ מותר למוצא לקחתו מדין תלייה ברוב, והוא ממש היפך דעת הט"ז המובא לעיל (בחלק א') שאין תולים ברוב להקל. ובאמת שיש לדון בכלל בנידו"ד [היינו ההסתפקות הנזכרת מהי סיבת הייאוש] האם הוא גם לדעת הט"ז. לפור' היינו אומרים שהוא דלא כהט"ז, שהרי לדעתו אין תולים ברוב, וא"כ פשוט שסיבת

11 הפנ"י גופיה מוסיף בה דברים ודוחה את דבריו מהמשך דברי הגמ', ורעק"א מיישב את המשנה במכשירין באופן אחר, עיי"ש באורך דבריו כי נעמו. לא הבאתי את דבריו כי אינו נוגע ישירות לנידון דידן.

שאפילו אם ישראל ימצא את האבידה יתלה שנפל מגוי. הרעק"א מוכיח שתוס' נצרכו לב' הסברות ובאחת מהנה לא הווי ייאוש מהמשנה במכשירין, ולפי"ז מקשה מנלן דרבנן פליגי עליה דרשב"א בתרווייהו, לימא דס"ל דבב' הסברות ג"כ הווי ייאוש. ומתרץ דלפי מאי דמוקים הפנ"י בהסבר דברי המשנה במכשירין מוכרח דרבנן חולקים על רשב"א בב' הסברות וסוברים דאפ"ה לא הווי ייאוש. ובר מן כל דין, מוכיח הרעק"א שמעצם דבריו של הפנ"י מוכח שלמד גם כן דלולא ב' הסיבות לא היה ייאוש, וכסברת התוס'.

דעת רש"י

איתא בגמרא (ב"מ כד:) "ההוא גברא דאשכח ארבעה זוזי דציירי בסדינא ושדו בנהר בירן, אתא לקמיה דרב יהודה אמר ליה זיל אכריז. והא זוטו של ים הוא, שאני נהר בירן כיון דמתקיל [יש בו מכשולים אבנים וסתימת גדר שעושים לדגים] לא מייאש [סבר לא יוכל הנהר להוליכם חוץ למכשולים. רש"י ד"ה

הייאוש הוא משום שהבעלים חוששים שגוי ימצא את האבידה. אמנם נראה לומר שהסתפקות זו היא גם לפי הט"ז, כי הגם שמדינא אסור למוצא לתלות ברוב בכדי שיוכל לקחת המציאה לעצמו, מ"מ שייך ייאוש בדבר זה כי הבעלים אינו צריך להיות כל כך ת"ח לדעת שאסור למוצא לתלות ברוב, ומסברא סובר שהמוצא יחשוב שנפל מאחד מהרוב עכו"ם המצויים כאן וייטלו לעצמו, ומתייאש מחמת סברא זו. ולפי זה נצטרך לומר שדברי הפנ"י עולים יפה רק לדעת הסמ"ע, ולא לדעת הט"ז. ואכתי צל"ע בזה¹².

לסיכום: הגמ' מביאה שיטת רשב"א

שהמוצא במקום שרוב כנענים מצויים הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשים. התוס' מקשים מאי טעמא בעינן לטעם ייאוש תיפוק ליה שיש לתלות שנפל מכנענים, ותי' דמיירי באופן שהמוצא ראה שנפל מישראל ואעפ"כ מותר למוצא לקחתו, או משום שהמאבד יתלה שגוי ימצא את האבידה וייטלנה לעצמו, או משום שחושש

12 והעירני ראה"כ שליט"א לתוס' לעיל בדף כא: ד"ה תאנה שכתבו ג"כ כעין יסוד זה. דהנה שם מיירי שמצא תאנים תחת האילן [ויש בעלים לאילן] וקתני בברייתא הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשים, כי סבורים שהמוצא יתלה שהתאנה נפלה מעוברי דרכים. והקשו התוס' א"כ אמאי קתני בברייתא שאם מצא זיתים וחרובים אסור למוצא לקחתם, הרי מדינא יש שם ייאוש בעלים. ותירצו התוס', שמן הדין אין לתלות בעוברי דרכים, מ"מ אינשי דלא מעלי יורו היתירא בפירות שמוצאים ויתלום בעוברי דרכים. ומשו"ה בתאנים שדרכם לנשור מהאילן מתייאשים הבעלים, משא"כ בזיתים וחרובים שאין דרכם לנשור אסור למוצא לקחתם דהבעלים לא אסקו אדעתייהו שנאבדו. מוכח מדבריהם שהגם שאסור למוצא לתלות מעוברי דרכים ומן הדין היה לו לחשוש שהתאנים נפלו מהאילן, מ"מ הואיל והבעלים חוששים לאנשים שאינם מהוגנים שיתלו שהתאנים נפלו מעוברי דרכים – שלא כדת, מתייאשים הבעלים מחמת סברא זו ומעכשיו מותר אפילו לאנשים מהוגנים ליטול את התאנים.

המאבדים הינם גויים, מ"מ הרי הט"ז סובר שאסור לתלות ברוב כדי להתיר למוצא ליטול את האבידה לעצמו. ומדחזינן שהגמ' נצרכה להדגיש ולומר דהכא ליכא ייאוש משום דישאל סכרו ליה ש"מ דלולא זה היה ייאוש, ומוכח להדיא דלא כהט"ז.

ויעויין ברעק"א שכבר עמד על קושיא זו, וכתב על פי דרכו לעיל שמחלוקת זו בין הט"ז לסמ"ע כבר נחלקו בה ר"ש בן אלעזר ורבנן. שהרי אם נלמד המשנה במכשירין כאוקימתא קמייתא בגמ' דהמשנה אזלא בשיטת רשב"א, ומיירי בטמון באשפה – שאז ליכא ייאוש בעלים, וברוב כנענים הרי אלו שלו משום דתלינן דכנענים הטמינוה דהו רובא, א"כ נמצא דרבנן החולקים על רשב"א חלקו עליו בתרתי וסברו הן שאין תולים ברוב והן דליכא ייאוש בעלים. ולפי"ז ניחא מדוע איתא בגמ' תרווייהו, דישאל סכרו ליה וישאל כרו ליה, דאם ישראל לא היו חופרים את הסכר היה הדין דהרי אלו שלו, שהרי המוצאים יתלו ברוב לומר שגוי הוא זה שאיבד את האבידה. אמנם אם נלמד המשנה במכשירין כאוקימתא השניה שם דהמשנה אזלא בשיטת רבנן א"כ אין הכרח לומר דרבנן חולקים על רשב"א בתרתי, שאפשר שרשב"א יודה לרבנן דאין תולים ברוב להתיר למוצא ליטול האבידה לעצמו, ונחלקו רק אם יש ייאוש בעלים במקום של רוב כנענים. ולפי"ז יוקשה באמת מדוע בעינן הן דישאל סכרו ליה והן דישאל כרו

דמתקיל. והא רובא כנענים ניהו, ש"מ אין הלכה כר"ש בן אלעזר אפילו ברוב כנענים. שאני נהר בירן דישאל סכרו ליה [היינו התקיננו את הסכר] וישאל כרו ליה [היינו מנקים אותו וכורים אותו שישטפו מימיו], וכיון דישאל סכרו ליה אימור מישאל נפל וכיון דישאל כרו ליה לא מייאש". עכ"ל הגמ'. מבואר בגמ' מעשה באדם אחד שמצא מעות צרורים בסדין בנהר בירן ובא לפני רב יהודה לשאול מה עליו לעשות עם הכסף, פסק לו רב יהודה שחייב להכריז. מקשה הגמ' והרי אבידה בנהר נחשבת כזוטו של ים ומדוע חייב להכריז, ומתרצת הגמ' משום שיש בנהר סכר והוא מונע את האבידה לילך למרחוק, אין זה נחשב כזוטו של ים. וכן גם נפסק להלכה בשו"ע (סי' רנט ס"ח). מקשה הגמ' והרי באותו אזור היו רוב גויים מצויים, ש"מ אין הלכה כרשב"א אפילו במקום של רוב כנענים. מתרצת הגמ', שאני נהר בירן הואיל וידוע שישאל חפרו את הסכר אנו תולים לומר שישאל איבדו, והמאבד אינו מתייאש משום שידוע שישאלים הם אלו שמנקים את הסכר, ולכן חייב המוצא להכריז.

ולכא' יש להקשות מסוגיא זו קושיא רבתי על הט"ז שסובר דבאבידה אין תולים ברוב, שהרי לפי שיטתו גם לולא הטעם דישאל סכרו ליה [היינו חפרו את הסכר] היה הדין צריך להיות דחייב להכריז, כי הבעלים אינו מתייאש משום שידוע שהמוצאים הינם יהודים. והגם שרוב

ותו לא, ואין כאן תוספת הדברים שבגירסת רש"י "כיון דישאל סכרו ליה אימר מישאל נפל וכיון דישאל כרו ליה לא מייאש". ולפי"ז אין מוכח מהגמ' דתלינן ברוב. [אך יל"ד האם מעצם העובדה שהגמ' מביאה ב' טעמים אינו מוכח דלא כהט"ז?] ב' – אפילו אם נאמר דמוכח מסוגיין דתלינן ברוב, אפ"ל דרשב"א הוא שסובר כן, אולם אנן הגם דקיי"ל דברוב עכו"ם הרי אלו שלו מ"מ הוא רק מטעם ייאוש ולא מטעם תלייה ברוב, ואהא קאי דברי הט"ז. והוכיח שם כן מהתורא"ש, יעושה.

מקשה רעק"א, מהיכן באמת למד רש"י דסוגיין אזלא כאוקימתא השניה במשנה במכשירין ומשו"ה חידש לומר דלולא הטעם דישאל סכרו ליה היה הדין יניח, הרי היו יכולים ללמוד כאוקימתא הראשונה במשנה ואז לא קשיא מידי. דאיה"נ רק משום דישאל סכרו וכו' ליה אז הווי הדין חייב להכריז, אבל בישאל כרו ליה לחוד היה הדין הרי אלו שלו משום דתלינן ברוב לומר שגוי הוא זה שחפר הסכר והוא איבדה כאן. שהרי לפי האוקימתא הראשונה מוכרחים אנו לומר שרשב"א פליג על רבנן בתרווייהו, וסובר דבעלמא אפילו אם ליכא ייאוש מ"מ משום תלייה ברוב לחוד סגי להתיר האבידה למוצאה. וא"כ יתיישבו דברי הגמ' כהוגן וכנ"ל.

ומתרין, דאם נלמד כן יוקשה הסיפא – דישאל כרו ליה, דלמה לי למימר

ליה, הרי אפילו אם אלו שחפרו את הסכר היו גויים היה גם כן הדין דחייב להכריז, דלא תלינן ברוב לומר שגוי איבד אבידה זו.

מתרין רעק"א עפ"י דברי רש"י (שם ד"ה אימא), שכתב שאם לא היה הטעם דישאל סכרו ליה היה הדין יניח, ולא הרי אלו שלו. וחידוש גדול השמיענו בזה, דהגם שאין לתלות ברוב להתיר האבידה למוצאה, מ"מ במקום שרוב המאבדים הם גויים הווי הדין יניח, ואכתי ליכא חיוב הכרזה אלא אם ייודע בבירור שישאל איבדו, או שמצא במקום רוב ישראל.

אמנם יש להקשות עליו, כי תירוץ זה אינו מועיל אלא ליישב אוקימתא בתרא שבגמ' דאזלינן כשיטת רבנן ולא נחלקו רבנן ורשב"א אלא האם יש ייאוש, ולגבי תלייה ברוב סברו כו"ע דאין תולים. אבל לשיטת התוס' בב"מ ובב"ב – שהט"ז הולך לאורם – עומדת הקושיא בעינה, שהרי כל סברתם דאין תולים ברוב באבידה הוא משום דכל היכא דאפשר לתקן להשיב ממון לבעלים ע"י הכרזה מתקנינן, ככה"ג אם נאמר שלא חייבוהו חכמים בהכרזה אלא אמרו לו יניח לא הועילו חכמים בתקנתם כלום.

וראיתי זה חדש בקונטרס "בירור הלכה השבת אבידה" (עמ' לח) שכתב לתרין שיטת הט"ז בשני אופנים, א' – שהט"ז למד כג' הרשב"א (בדף כא:) והריטב"א (בסוגיין) שגרסו כנוסחי דווקני "שאני נהר בירן דישאל סכרו ליה וישאל כרו ליה"

דעת הנימוק"י והסמ"ע

אמנם יש להוכיח מדברי הנימוק"י שסבר דלא בעינן ב' הסברות בכדי שיהיה ייאוש, ובחד מינייהו סגי שיהיה ייאוש בעלים [נראה זה מוזכרת בדברי רעק"א בקצרה]. דהנה איתא בגמ' (ב"מ כד.) שהמוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות הרי אלו שלו, וביארו בגמ' דמירי בבתי כנסיות ובבתי מדרשות דידן דיתבי בהו כנענים. וביאר הנימוק"י (הו"ד ברמ"א סי' רנט ס"ח, והבאתי דבריו לעיל סוף חלק א') דהואיל והישראל שנמצאים בביהכ"ס טרודים בלימוד ואינם מחפשים מציאות, ורק הגויים שיושבים שם הם מחפשים את המציאות, משו"ה נתיאשו הבעלים כי תולים שגוי ימצא את האבידה. ולכא' אם ישראל ימצא את האבידה לא יתלה שנפל מגוי, שהרי רוב המאבדים כאן הינם ישראל. ומ"ט אמרין דבכה"ג הווי כבר ייאוש בעלים. אע"כ מוכח דבסברא ראשונה לחוד סגי שיהיה ייאוש.

ובאמת יש להוכיח שגם הסמ"ע הלך בדעה זו, מהא דכתב הרמ"א בסי' רנט ס"ג (והובא לעיל בסוף חלק א') וז"ל, "אם איבד ספרים לא מייאש מינייהו אפילו במקום של רוב עכו"ם". וביאר הסמ"ע טעמו דמשו"ה לא נתיאשו הבעלים, כי אין מדרך לקנותם אלא ישראל, וסובר המאבד שהישראל הקונה יכריז ויבוא הוא וייתן סימן. ולכא' קשה, למה לי טעם זה – תיפוק

הטעם משום שישראל הם אלו שמנקים את הסכר ומשום כך ימצאו את האבידה, בלא הכי היה הדין שהמוצא חייב להכריז. שהרי תלייה ברוב ליכא – כי החופרים היו יהודים, וייאוש ג"כ ליכא, שהגם שיש לחוש שהמוצאים הינם גויים מ"מ לא נתיאשו הבעלים, כי סבורים שאם אחד מהמיעוט ישראלים ימצא את האבידה לא יתלה שנפל מגוי אלא יתלה שישראל איבדו, וא"כ לא מתיאשים הבעלים, ונמצא שבטעם של ישראל סכרו ליה לחוד סגי לחייב בהכרזה. לכן הוצרך רש"י לפרש כאוקימתא בתרא ורשב"א ורבנן חולקים רק לענין ייאוש, והטעם דבעינן ישראל סכרו ליה הוא כדי לחייבו בהכרזה וכמשנ"ת.

ומדברי רעק"א אלו נראה מוכח שגם רש"י סובר דליכא ייאוש בלתי ב' הסברות, מדהוצרך לפרש הסוגיא כאוקימתא בתרא ויניח, ולא למד כאוקימתא קמא משום דבכה"ג גם ייאוש ליכא כי הבעלים סבור שהמוצא יתלה שהאבידה נפלה מיהודי. ולכאורה אם בסברא הראשונה – שגוי ימצא את החפץ – היה ייאוש, א"כ ניתן ללמוד דברי הגמ' גם כפי אוקימתא קמייתא, ואכתי בעינן הטעם שישראל כרו ליה, דלולא האי טעמא היה הדין הרי אלו שלו משום שיש ייאוש בעלים, שהבעלים סבורים שגוי ימצא את האבידה. אע"כ דרש"י למד שאין ייאוש זולת ב' הסברות, ומשו"ה הוצרך לפרש דברי הגמ' כאוקימתא בתרא וכמבואר.

לחמו ולומר טעם אחר מדוע ליכא ייאוש בעלים, ע"כ משום דסבר שבסברא אחת – היינו שגוי ימצא את החפץ ויטלהו – סגי שיהיה ייאוש, ומשו"ה הוצרך לומר שאפילו אם גוי ימצא את הספר אכתי ליכא ייאוש בעלים, כי הגוי ימכור את הספר לישראל והוא יחזירהו לו.

ליה שהבעלים אינם מתייאשים, כי הגם שרוב עכו"ם מצויים שם ומסתמא ימצא גוי את הספר והגויים נוטלים מציאותיהם לעצמם, מ"מ אם ישראל ימצא את הספר בודאי לא יתלה שנפל מגוי. וא"כ הגם שיש סברא אחת לייאוש מ"מ הטעם השני אינו. ומדחזינן שהסמ"ע הוצרך להביא ממרחק

סיכום חלק ב

מצינו בדעת התוס' שהוצרכו לומר דלרשב"א הווי ייאוש בעלים רק מחמת ב' הטעמים, ראשית משום שגוי ימצאהו וינטלו לעצמו, ושנית משום שאפילו אם ישראל ימצאהו יתלה שהאבדה נפלה מעכו"ם. ורעק"א הוכיח שהתוס' הוציאו דין זה מהמשנה במכשירין וכפי ביאורו של הפנ"י במשנה, ובאמת מעצם חידושו של הפנ"י ניתן להוכיח שגם הוא למד דלולא ב' הסברות לא הווי ייאוש.

מפירוש רש"י בסוגיית נהר בין הוכיח רעק"א שרש"י למד דבעינן ב' הסברות לייאוש, אמנם מדברי הסמ"ע מהמאבד ספרים נראה שלמד דבסברא הראשונה לחוד סגי שיהיה ייאוש, וכן מבואר גם בדברי הנימוק"י מהמוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות.

הרב יוחנן בריזל

האם הולכים אחר הרוב באבידה

והט"ז שם חלק עליו, דגם בכה"ג איתא לכללא דרוב וקרוב הולכין אחה"ר, וכישוב הקושיא כתב דאין הולכין אחר רוב באבידה כלל, כיון שאפשר להתברר ע"י ההכרזה דהאבידה של ישראל ע"כ הדין שחייב להכריז, ורק משום יאוש מותר במקום דרוב גויים, אבל במקום דלא הוי יאוש צריך להכריז. וציין דכי האי סברא איתא בתוס' פ' לא יחפור (כ"ב דף כג: ד"ה חוץ לחמישים) דאין הולכין באבידה אחה"ר. אבל דעת הסמ"ע היא דכן מתירין אבידה עפ"י הרוב דתלינן דמרובא נפל ואפי' שאפשר לברר ע"י הכרזה, וכ"כ הסמ"ע עוד (סק"ט) דגם דבר שלא הרגישו בו הבעלים שנפל שאין להתיר משום יאוש, מ"מ מותר משום דתלינן ברוב גויים ובוודאי של עכו"מ היה.

צד שלישי שיש להעלות בעניין זה הוא מה שמוזכר בגמ' בתי' ב' (ב"מ כד:) לדעת רבנן דחולקים על רשב"א וס"ל דלא הוי הא"ש, שאמרו בגמ' בתי' השני דמודו רבנן דא"צ להכריז, אבל מ"מ אסור ליטלו לעצמו רק יניח. וא"כ י"ל דטעמא דרשב"א דהא"ש הוא רק מטעם יאוש, אבל לעניין תליה ברוב מסכים לדעת רבנן, וע"כ כשאין להתיר מטעם יאוש יהא הדין יניח, וכן צידד

בשו"ע (סי' רנט ס"ג) הובא להלכה דברי ר' שמעון בן אלעזר (ב"מ כד.) שהמוצא אבידה במקום שרוב גויים מצויין שם הרי אלו שלו ואפילו ידע שמישראל נפל, משום יאוש, דהבעלים מתיאשים ממנו.

ויש לדון האם יש להתיר ליטול האבידה בנוסף לטעם של יאוש, באופן דאינו יודע ממי נפל - משום דתלינן דמרובא גויים נפל, ואבידת עכו"ם מותרת. ונפק"מ לאופנים שאין בהם היתר יאוש, וכגון דברים דלא ברירא שכבר נודע למאבד שנאבד ממנו חפץ זה, והוי יאוש שלא מדעת דקיי"ל (סי' רסב ס"ג) דלא הוי יאוש, ועוד כמה נפק"מ.

דברי הראשונים והאחרונים אם הולכים אחר הרוב באבידה

ומה שמצינו להלכה בעניין זה, עיין סמ"ע (סי' רנט סק"ו) משה"ק בעיר שרובה גויים ובמקום האבידה עוברים שם רוב ישראל שנפסק בשו"ע (שם ס"ג) שחייב להכריז, דנימא דרוב וקרוב הולכין אחה"ר ובודאי מגוי נפל. ותירץ דכאן ל"ש דין זה דרוב וקרוב, כיון דכאן האבידה לא באה ממקום אחר רק נפלה מיד אדם שהיה כאן, והרוב שנמצאים כאן הם ישראלים.

מצויים שם, ולא במקום שמצויים שם קצת רבים כגון רה"ר דעלמא. ואחד מראיותיו לזה, מדברי רבא (כג.) דמצא כריכות חייב להכריז באופנים מסוימים, [כשיב"ס] ומדלא פירש רבא ע"כ מיירי גם במקום דרוב גויים ואעפ"כ חייב להכריז. והרי קיי"ל כרשב"א דברוב גויים הא"ש, אלא ע"כ דבמקום שאין רבים מצויין שם לא התיר רשב"א. והנה עדיין צ"ע דמ"מ יהא מותר מטעם רוב, דמסתמא גוי הניחו ובוודאי לא מיירי דווקא שיודע דישאל הניחו. ומבואר דיש חיוב הכרזה ולא תלין ברוב אי ליכא יאוש, דכאן מבואר ברשב"א דמצא אבידה ברוב גויים ואין רבים מצויין שם חייב להכריז דליכא יאוש.

ובדברי רש"י גבי נהר בירן (כד: ד"ה אימא מישאל נפיל) שמשמע מדברי רש"י דאי לא ידעינן ממי נפל היה הדין יניח באופן דליכא יאוש, עיי"ש מהרש"א פנ"י ורעק"א ע"ד רש"י, והעולה משם בביאור דברי רש"י דס"ל דגם לדעת ר"ש בן אלעזר דקיי"ל כוותיה מ"מ במקום דליכא טעמא דיאוש הדין הוא יניח, דהיינו כתי' ב' בגמ' לדעת רבנן. דרבנן לא ס"ל טעמא דביאוש הדין הוא יניח, ורשב"א פליג רק מטעם יאוש, ובמקום דליכא יאוש הדין הוא דיניח. ובפנ"י (כאן ובדף כו. על תוד"ה בשלשה) מתבאר דס"ל כן בפשיטות שכך הוא הדין. והרי לנו ג' דעות אלו בדברי הראשונים (ועיין ריטב"א בסוגיין שמפרש כתוס').

בשושנת יעקב כאן, וכ"נ דעת הפנ"י וכדלהלן, וכ"ה גם בפנ"י בדף כ"ו. (דקאי על תוד"ה לשלשה וכו')

וכשנחזור לשורש הדברים ומקורם בגמ' ובראשונים, נמצא דג' שיטות אלו הם ג' דעות בראשונים. דהנה בתוס' (כד. ד"ה כי קאמר) מפורש דלרשב"א אזלינן אחה"ר, דהק' התוס' מ"ט קאמר רשב"א רק מטעם יאוש - תיפול"ל משום רוב. ותי' דמיירי שיודע שנפל מישאל. עכ"פ מבואר דכשאין ידוע ממי נפל שפיר יש להתיר האבידה גם כשיב"ס מטעם רוב. [ועיין ברע"א ע"ד התוס' שדן באריכות מנ"ל לתוס' שחולק רשב"א על רבנן גם לעניין תליה ברוב] ומה שהביא הט"ז מתוס' ב"ב הנה כן הוא גם בתוס' ב"מ (כג. ד"ה והא איכא), אבל דבריהם תמוהים מאוד, כי התוס' כתבו כן לבאר דעת חכמים דס"ל דחייב להחזיר - ואפי' ברוב גויים דס"ל דלא אזלינן אחה"ר. ואה"נ היה מקום לומר דרשב"א מודה בזה לרבנן ורק מטעם יאוש פליג, אבל בתוס' בדף כ"ד. הנ"ל מפורש כדבר פשוט להיפך, דלרשב"א יש להתיר מטעם רוב. וכן מבואר גם מתוד"ה בטמון וכו', וכבר העירו כן האחרונים (דברי משפט, אולם המשפט, בית יעקב ואבני חושן כאן) ע"ד הט"ז.

אולם דעת הט"ז יש לו מקור מדברי הרשב"א בסוגיין. עיין בדבריו (כד. ד"ה וסרטיא) שהאריך דיאוש דרשב"א הוא רק בסרטיא ופלטיא גדולה מקום שרבים

הוא שאמרה מתני' אלו מציאות שלו, וקודם לכן אין היתר זכייה בדבר. ומבו' דכל אבידה צריך לחוש אולי מת"ח נפל.

וברשב"א (כג: ד"ה לא צריכא) הקשה היכי קתני במתני' בכל אותן שאין בהן סימן הרי אלו שלו, הא בעינן להכריז משום חשש צורבא מרבנן. ותי' בשם הראב"ד דבאמת כל אבידה אפי' אם אין בה סימן צריך להכריז בבת"כ ובתי מדרשות, כיון ששם מצויין ת"ח, ומכריזין שם ב' וג' פעמים, וכשלא בא ת"ח לומר שיש לו בה טב"ע ע"כ שלא מת"ח נפל ואז אמרה המשנה דהוי שלו. ואח"כ הביא תי' הרמב"ן שלא אמרו כן אלא במוצא במקום שת"ח מצויין שם.

ולעניין הלכה, הרמב"ם כשהביא הלכה זו (פי"ד אבידה הי"ב) לא הזכיר דמיירי במקום דשכיחי רבנן, ודייק מזה בב"י (סי' רסב) שחייב להכריז גם במקום שאין ת"ח מצויין. אבל הטור (שם) כן כתב דזהו רק במקום שת"ח מצויין כגון בבית המדרש, אבל בלא"ה א"צ להכריז, ובשו"ע (סי' רסב סכ"א) העתיק לשון הרמב"ם. והרמ"א הוסיף כדברי הטור דדוקא כשמצאו במקום שת"ח מצויין, ובסמ"ע (ס"ק מג) הביא דברי הב"י שביאר בדעת הרמב"ם דאפי' במקום דל"ש רבנן, אבל הביא דבמ"מ פירש גם בדעת הרמב"ם דרק במקום דשכיחי ת"ח, וכתב שכ"ה גם דעת הרמ"א שלא כתב בלשון פלוגתא.

ודעה שלישית הנ"ל דיניח צריך פירוש, ובעצם תי' ב' בגמ' לרבנן צריך פירוש, דהרי טעמא דרבנן דלא אזלי אחר הרוב פירשו תוס' כג. וכן בב"ב דכיון דאפשר לתקן בהכרזה מתקנינן - והיינו לטובת בעל האבידה, וכיון דכאן לא חייבו בהכרזה למה יניח ולא ייטלו לעצמו, ומה תועלת יש לבעל האבידה בתקנה זו. ויבואר להלן בעז"ה.

האם צריך לחשוש שנפל מת"ח כשהם מיעוט

ובעניין זה אי תלינן ברוב או לא, צריך לעיין מסוגיא אחרת, והוא בעניין החזרת אבידה לת"ח בטביעות עין. דהנה בגמ' (כג:) ובשו"ע (סי' רסב סכ"א) איתא שלתלמיד חכם צריך להחזיר אבידה אפי' אם אין לו בו סימן, רק שמכירה בטביעות עין.

ובעניין זה נחלקו הרא' האם כל אבידה יש לחוש עליה אולי היא של ת"ח, וצריך להכריז כדי שיבוא ת"ח ויאמר שיש לו בה טביעות עין, או בעלמא א"צ לחוש שמא של ת"ח הוא ורק במקום דשכיחי רבנן הוא שצריך להכריז. דהנה בתוס' (כד. ד"ה ומודה ר"ש) מבואר דרק באתרא דשכיחי רבנן חיישינן לכך, וכ"כ תורא"ש ותור"פ וכ"ה ברא"ש ועוד כמה ראשונים. אולם בנימוק"י לא הזכיר פרט זה, ואדרבה מבואר בדבריו דכל אבידה צריך להכריז בבתי כנסיות כיון דשם מצויין ת"ח, ורק אח"כ

ומצאתי שהק' כן בשושנ"י (סי' רנט) על שיטתו דס"ל דיניח, ועיי"ש מש"כ בזה, ונראה דר"ל שמותר מטעם יאוש כי הת"ח האובד חושב שהמוצא כן יתלה ברוב ויקחנו לעצמו, והיינו שיורה היתר לעצמו ויטלנו שלא כדין. והוא מחודש לומר שחוששין לכך, [ומצאנו סברא כזאת בתוס' כא: ד"ה תאנה וכו' להסלק"ד שם בגמ'] ועיי"ש שדבריו תלוי במח' הסמ"ע וב"ח סי' רסב. וע"ע בשיעורי רבי שמואל (ב"מ סימן כג) שדן במח' הסמ"ע והט"ז אי אזלי באבידה אחה"ר, והביא דברי התוס' דס"ל דלרשב"א אזלי אחה"ר, אבל כתב דמדברי הראשונים שכ' דחייב להכריז אף במקום דל"ש חכמים חזינן דס"ל דצריך לחשוש למיעוט, ור"ל דהתוס' לטעמייהו דס"ל דרק במקום דשכיחי חכמים צריך להכריז.

וכמו"כ צל"ע לדעת הסמ"ע דס"ל דאזלי אחה"ר באבידה, מדעה זו דס"ל דגם במקום דל"ש חכמים צריך להכריז. רק דהסמ"ע לטעמיה לא קשה כ"כ, דהרי ביאר כאן (בסי' רסב) דגם דעת הרמב"ם ושו"ע הוא דרק במקום דשכיחי רבנן צריך להכריז, אבל מ"מ צ"ע סתימת הדברים שלא ציין הסמ"ע דמטעם תליה ברוב יש להתיר במקום דלא שכיחי חכמים.

ובדעת הסמ"ע כאן יש מקום לדון, דשאני כאן דוודאי מישראל נפל, דהרי רוב ישראל מצויין כאן, רק הספק אי מע"ה נפל

והנה צריך לראות האם יש לדמות סוגיא זו למשנ"ת לעיל, דלכאור' עניין זה הוא ממש הנידון דלעיל אם צריך לחשוש למיעוט או לא, דהרי טעמא דיאוש אין כאן, ר"ל דאי נימא דצריך לחשוש למיעוט ת"ח אין להתיר מטעם יאוש, כי למה יתייבש הת"ח כיון שאין כאן גויים שלוקחים לעצמם, וישראל המוצאו צריך לחוש שמא של ת"ח הוא וא"כ למה יתייבש. ורק מטעם תלייה ברוב הוא שיש לדון כאן, ומעתה לכאור' המח' שבכאן תלויה במח' דלעיל, שדעת התוס' הרא"ש והטור שכתבו דמיירי רק במקום דשכיחי רבנן ס"ל דא"צ לחשוש למיעוט באבידה, וע"כ במקום דל"ש רבנן א"צ להכריז, ומשמעות הדברים דהוי הא"ש ולא יניח [מדלא הוזכר שהדין יניח, וגם דברא' ביארו דע"ז אמרה המשנה אלו מציאות שלון]. ודעת הנימוק"י והרשב"א בשם הראב"ד והרמב"ם לדעת הב"י דצריך לחשוש למיעוט שמא של ת"ח הוא, הגם שאינו מצוי.

ומעתה צ"ע לפי"ז דעת הט"ז דחייב להכריז משום מיעוט ישראל אפי' במקום שהוא רוב גויים, איך יתיישבו דבריו עם דברי הטור והרמ"א שפסקו להלכה דרק במקום דשכיחי רבנן צריך להכריז. וכן צ"ע לדעת הפנ"י ושושנת יעקב שכתבו דיניח דכאן משמע דהא"ש במקום דל"ש רבנן, והגם דהרמ"א כתב רק שא"צ להכריז, וודאי דמשמעו הוא דהא"ש.

מהו, א"ל הרי אלו שלו. והלא עומד וצוות, נעשה כצוות על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבע בים. עכ"ד הגמ'.

והנה מדאמר' דאפי' יש בו סימן הוי שלו ע"כ מיירי דהוי רוב גויים, דאי ברוב ישראל ומשום שרבים מצויין שם מתייבש הו"ל להגמ' למימר ש"מ הלכה כר"ש בן אלעזר אפי' ברוב ישראל, ובאמת עיי"ש ברבינו חננאל שאחר שהביא דברי הגמ' כ' ש"מ אפי' ברוב ישראל, ואולי היה גירסתו כן בגמ', אבל כל הרא' והרשב"א בכללם שדנו בזה אי הלכה כרשב"א אפי' ברוב ישראל ולא הזכירו נדון זה כלל, ע"כ פירשו דמיירי ברוב גויים, וכ"כ להדיא בשיטמ"ק (ד"ה בשוקא דבי דיסא בשם הרא"ש, ובד"ה ואמרי לה בשוקא דרבנן בשם הריצב"ש) דרוב גויים הוו, והא דקאמר שוקא דרבנן פירש הריצב"ש שהיו מצויין שם החכמים.

ומעתה מש"כ הרמב"ן והרשב"א דמיירי במקום דשכיחי רבנן כגון שוקא דרבנן, מוכח מכאן שאין כוונתם שצריך מקום שהרוב הם ת"ח, רק שמצויין שם חכמים ואפי' הם מיעוט, ושוב ל"ק הא דלא חיישינן למיעוט, דאדרבה - חיישינן למיעוט ת"ח, רק שחידש לן הרשב"א בשם הרמב"ן דמאי דחיישינן למיעוט לא אמרי' כן על מיעוטא דמיעוטא, כגון שיהיו שם ת"ח אחד או שנים, רק צריך שיהא מקום דשכיחי ת"ח.

ומעתה נראה דכן יבאר הט"ז גם דברי שא"ר וכן הרמ"א שפסקם להלכה.

ומותר משום יאוש, או מת"ח נפל ולא נתייאש כי מחזירין לו בטב"ע. ויש מקום לומר דכה"ג שייך חזקת מר"ק כי וודאי של ישראל היה וספק אי יצא מרשותו, [ועיין בגליו' ברוך טעם על הקצוה"ח סי' רסב סק"ב שכתב כן] וא"כ תלוי הוא בשאלה שדנו האחרונים מה דין רוב נגד חזקת מר"ק, אי המר"ק חשיב מוחזק ואין להוציא ממנו ע"י רוב, [עיין בזה בקונה"ס כלל ו אות יא] משא"כ ברוב גויים דליכא חזקת מ"ק דאולי של גוי הוא ע"כ הולכין אחה"ר, וע"ע להלן בעז"ה.

ובדעת הט"ז צ"ע טובא כנ"ל איך יתיישבו דבריו עם דברי התוס' והרא"ש שנפסק להלכה. והנה גם בדעת הרשב"א צ"ע, דבסוגיא זו הביא גם את דברי הרמב"ן דרק במקום דשכיחי רבנן צריך להכריז, ולא השיג עליו, והרי איהו ס"ל דאין מתירין אבידה משום תליה ברוב כנ"ל, וא"כ למה מותר במקום דל"ש רבנן.

שיעור המיעוט שצריך לחשוש אליו

והנראה בזה, דיעויין בדברי הרשב"א כשהביא דברי הרמב"ן דרק במוצא במקום שת"ח מצויים שם צריך להכריז, סיים הרשב"א "וכדאמר' לקמן בשוקא דרבנן". וכ"ה ברמב"ן "כגון בשוקא דרבנן כדלקמן". והנה כוונתם להגמ' (כד:) רבא הוי שקיל ואזיל בתריה דר"נ בשוקא דגלדאי ואמרי לה בשוקא דרבנן, א"ל מצא כאן ארנקי מהו, א"ל הרי אלו שלו. בא ישראל ונתן בה סימן

דהרי דין דידן הוא כדין רוב של כל התורה דאמרה תורה הלך אחר הרוב, ולמה לא נסמוך על זה, האם מצאנו כזאת שהחמירו חכמים שלא לסמוך על הרוב.

אבל האמת דמצאנו ראינו כן, והלכה ערוכה היא בכמה מקומות דאע"ג דמן התורה הולכין בו אחר הרוב להקל, מ"מ החמירו חכמים במקום שיש מיעוט המצוי ואפשר לברר שצריך לברר, ונפסק להלכה ביו"ד (סי' לט ס"א וס"ב) בעניין בדיקת הריאה שצריך לברר שאין הבהמה טריפה, הגם שמה"ת הו"ל לילך אחה"ר שהן כשירות. ומקור הדברים שם הוא בגמ' חולין (יב.) ע"ש רש"י ושאר, ודעת בעה"מ שם דאין חיוב כזה, אבל דעת המלחמות ושאר שם שיש חיוב מדבריהם לברר במקום שאפשר לברר. ודינא דגמ' הוא כמב' בתו"ד שהביאו ראיות מהגמ' לזה. וכ"ה גם ברמ"א יו"ד (סי' פד ס"ח) לעניין בדיקת פירות מתולעים, שאם יש מיעוט דשכיח צריך לבדוק ולא סמכין על הרוב, וכן מצינו שאין סומכין על החזקה כשאפשר לברר וצד האיסור מצוי, עיין בהלכות ציצית (או"ח סי' ח ס"ט) דכ' בשו"ע שקודם שיברך יעיין בחוטי הציצית אם הם כשרים כדי שלא יברך לבטלה. ועיי"ש מג"א (ס"ק יא) דחייב לבדוק, דאין סומכין על החזקה במקום דיכולים לבררו. וציין לזה ליו"ד סימן א' דאם השוחט לפנינו צריך לבדוק, וע"ע במג"א הל' בדיקת חמץ (או"ח סי' תלו סק"ד).

ויציין דאכן דבר שראוי להעיר הוא, דלא הוזכר בלשון הרא' והפוסקים העניין דרובא ת"ח, ולמה הושמט זה מדבריהם. והרי יש לו שיעור, ובאמת כי השיעור הוא מחצה, והרי הול"ל דרך במקום דמחצה ת"ח או רוב ת"ח צריך להכריז כי שמא הוא של ת"ח, אבל במקום שיש פחות ממחצה ת"ח א"צ להכריז, ולא הוזכר בדבריהם רק אתרא דשכיחי רבנן או לא, הלא דבר הוא. אמנם לפי דברי הט"ז יתבאר היטב, כי לעולם צריך לחשוש למיעוט, רק שהגבילו דין זה דזהו רק כשמצוי ת"ח במקום זה. ומעתה נראה דגם דברי הט"ז שכתב דאין להתיר מטעם רוב גויים, שזהו רק במקום דשכיחי ישראל, וכן בעניין שדן הט"ז ברוב גויים וקרוב ישראלים, ומצד הדין רוב וקרוב הולכים אחר הרוב ומ"מ צריך להחמיר ולהכריז, אבל זהו רק כיון דיש כאן קרוב, ובוודאי הוי כמיעוט דשכיח בזה צריך להכריז, אבל במקום דלא שכיחי ישראל הגם שיש מיעוטא דמיעוטא לא יהא צריך להכריז.

אמנם בביאור הגר"א (ס"ק ל) נראה כן שפירש שצריך רוב ת"ח, אולם סתימת הפוסקים לא נראה כן, וכדמוכח גם מדברי הרמב"ן והרשב"א הנ"ל.

ולבאר הדברים יותר, וכן להגדיר השיעור בזה, נראה דהנה מב' כאן בט"ז וכ"כ התוס' בדעת רבנן דכיון דאפשר לברר בהכרזה צריך להכריז, וצ"ע בטעם דין זה.

ואולי כוונתו לדברי התוס' שציין הש"ג לדברי התוס' הנ"ל]. וע"ש עוד בחת"ס בזה, וע"ע בהגה' חת"ס על התוס' ב"ב שם (הובא בילק"מ) שציין לדברי הש"ג, וע"ע ברש"ש ע"ד התוס' ב"ב (כג:).

ועפ"י זה יש לבר ג"כ הא דאמרי' בגמ' לדעת רבנן בתי' השני דאין חייב להכריז אבל לא יטלנו לעצמו, שנתבאר לעיל דלרש"י קי"ל כן גם לר"ש בן אלעזר במקום דליכא יאוש, וכן צידד כאן השושנת יעקב וכן דעת פנ"י כנ"ל. ודבר זה צ"ב, דכיון דהא דאין הולכין אחר הרוב כאן הוא רק מטעם התקנ"ח, וכל התקנ"ח הוא כיון דאפשר בהכרזה מחמירין עליו¹, אבל כיון שאינו מצווה להכריז א"כ מאי אהני לן הא דיניח. ולהנ"ל נראה דיש מקום לזה, דהא שפיר אמרי' דהא דאסור לו ליטלו לעצמו בלא הכרזה היינו דכיון דאפשר לברר לא סמכין על הרוב, ואי רוצה ליטלו לעצמו צריך לפני זה להכריז ולברר שאינו של ישראל, אולם כשנדון לחייבו בהכרזה אם הוא רוצה להתעלם שפיר נפטר מטעם רוב. דאין חייב בדיקה על מי שאינו רוצה לאכול הבשר, וכמו"כ כאן אין חייב ההכרזה הוא אם אינו רוצה ליטלו לעצמו.

אלא דאכתי צריך לברר דהרי יש כאן ספק אולי הוא מחוייב בהשבה - דהיינו שלא להתעלם,, ויש עליו לברר אם אין עליו

ויש לדמות עניין דידן לזה, דכיון דאיכא מיעוט המצוי צריך להכריז, ולא תלינן ברוב כיון דאפשר לברר ע"י הכרזה. ולכן צריך שיהיה מצוי ת"ח, דרק במיעוט המצוי הוא שהצריכו חיוב ברור. וכן ברוב עכו"ם ומיעוט ישראלים דכ' הט"ז דחיישינן למיעוט מיירי כן. וכנ"ל דהט"ז מיירי כשהיה רוב ליד קרוב, שבזה חיישינן לקרוב.

ומעתה כשנדון לדייק מהו השיעור בזה, הנה בעניין מיעוט המצוי דנו בזה האח' מהו השיעור שייקרא מצוי. המשכנות יעקב (יו"ד סי' טז) הוכיח דעשרה ממאה מיקרי מיעוט המצוי, ומשיעור זה והלאה יש חיוב בדיקה. אולם בתשו' הריב"ש (סי' קצא ד"ה גם וכו') איתא דקרוב למחצה הוא דמיקרי מיעוט המצוי, ועיין בשבט הלוי (ח"ד סי' פא) שדעתו שאין זה תלוי באחוזים, אלא תליא רק אם המיעוט נלווה להרוב בכל מקום או לא, עייש"ד. עכ"פ יתכן דכדרך זה יהיה הדין כאן.

והראה לי ידידי הר"ר יעקב ברנשטיין הי"ו דבשו"ת חת"ס (יו"ד סי' ס"ס קעה) מבואר להדיא דביאר כן העניין, דבסוגיין אין מקילין בגלל הרוב דהוא משום עניין זה, שכשיש מיעוט המצוי ואפשר לברר מחייבים אותו לברר. והביא דבשלה"ג בחולין שם הביא דמיון לזה מבדיקת הריאה להא ועיינתי שם בש"ג ולא מצאתי מפורש,

1 וכן מב' בחי' הר"ן ד"ה מי קתני וכו' דהא דאמרי' יניח הוא משום תקנ"ח דלא ליזיל בתר רובא, כיון שאפשר שיבוא ישראל וייתן סימניה.

כיון דאפשר לברר ע"י ההכרזה, ורק ביאר דהא דלא מחייבין בהכרזה הוא משום דשמא של גוי הוא ונמצא מחזיר אבידת גוי, [ואיסור הוא כדילפינן מלמען ספות וגו' כמבו' בשו"ע סי' רסו] וע"כ לא יגע בו. ולדבריו הא דקתני 'אין חייב להכריז' היינו דאסור להכריז. ועוד צ"ע, דבקיזור פסקי הרא"ש מבואר דלפנים משה"ד יכריז, ולדבריו איסור יש כאן, וצ"ע³. עכ"פ לדרך שכתבתי א"ש פרט זה דמותר להכריז, רק אין חיוב.

עכ"פ לב' הדרכים עניין זה מבואר מה שאמרו יניח, דלכאור' אחר שלא חייבו בהכרזה מה תקנה יש בדבר להניח. ולפי הנ"ל הדבר מבואר היטב, כי אין ליטול ולסמוך על הרוב כיון דאפשר לברר, כי אי"ז תקנה מיוחדת לטובת בעל האבידה רק דין כללי שאין לו היתר ליטול לעצמו מטעם רוב כשאפשר לברר.

ועפ"י דברים אלו יש לחזור ולדון לדעת הסמ"ע דאזלי' באבידה אחה"ר וס"ל שא"צ לברר, ולכאור' תיקשי מ"ש מבדיקת הריאה. ואולי י"ל דכאן הוי טירחא מרובה, או דדיני ממונות שאני. ועכ"פ צל"ע לעניין לחשוש למיעוט ת"ח, דלפמשנ"ת נמצא דגם לתוס' וטור ורמ"א חיישינן למיעוט אי

חיוב זה היינו להגביה ולהכריז כיון דאפשר לברר. בזה יל"ד, ראשית האם שייך לומר שיגביה ויכריז ועי"ז יידע ויברר אם היה צריך לעשות כן, דהרי אין לו דרך לברר אם צריך להגביה, וע"כ אנו דנין אם צריך להגביה או לא, ומהיכ"ת נאמר כן דיקיים המצוה ועי"ז יידע אם היה צריך לקיים, וצ"ע בזה.

אבל בלא זה יש לדון, דאיה"נ מצאנו דמחמירין ורמינן עליה חיוב בדיקה כשיש ספק איסור, אבל מי יאמר דגם כשיש ספק חיוב במצוה שיש חיוב בירור אם חייב במצווה, דאולי רק בקום ועשה, כלומר כשיעבור על איסור בקום ועשה מחייבין בבירור, אבל במצווה שיעבור עליו רק בשוא"ת אולי לא חייבוהו. וסמך לזה מצאתי במחצית השקל הל' ציצית (או"ח סי' ח שם) בהא דצריך לבדוק הציצית שלא יברך ברכה לבטלה, והא דלא חייבו בדיקה משום עצם לבישת בגד ד' כנפות בלא ציצית [והנפק"מ אם כבר בירך, או לובש כמה טליתות] ע"ש במוסגר דהגם דברכה לבטלה לדעת התוס' קיל מאיסור לבישת טלית בלא ציצית, מ"מ זה בקום ועשה וזה בשוא"ת².

ובשו"ת חת"ס הנ"ל ג"כ נחית בדרך זה לבאר הא דיניח, כי אסור ליטול

2 ועוד יש לבאר בנוסח זה, דרבנן לא חייבו לעשות מעשה מחמת תקנתם זו, ורק שלא לאכול הבשר וכדו' אסור, היינו שימנע עצמו מלאכול הבשר כל שלא בדק.

3 עוד צל"ע להחת"ס, כיון דאסור להכריז שוב הוי כמו שא"א לברר, ובזה יש שפיר לסמוך על הרוב [ואולי יש לדמותו לנאבדה הריאה דנח' הרא' והשו"ע ורמ"א יו"ד שם ואכמ"ל].

מצא בפונדק שדרים שם ב' גויים וישראל אחד

ובעניין זה צריך לעיין מסוגיא נוספת, והוא בהא דמצא אבידה בבית שהשכירו לאחרים ועשאו פונדק. ונידון בזה בגמ' (כו.) ובשו"ע (סימן רס ס"ג), ונדון כאן מה שעולה משם ונוגע לעניינינו.

יש לדון מה הדין מצא דבר שיב"ס בבית שישראל וגויים דרים שם, או שדרו בו באחרונה, [ולכאור' אין בזה נפק"מ דהרי אזלינן בתר בתרא] מה דין אבידה זו. ויל"ד להתיר בה משום ב' דברים, א' דניזל בתר רוב, ב' משום יאוש, דגם אי נדע או נחוש שנפל מישראל מ"מ הישראל מתייאש. והנה לדעת התוס' בסוגיא זו ע"ז קאי הגמ' וקאמרה דאם היו שם ג' גויים וישראל אחד אזי האבידה מותרת, אבל פחות מג' לא מיקרי רוב כדי להתיר האבידה. ולדעת רש"י והרא"ש והטור לא דנו בזה בגמ', רק הטור נחית לבאר הדין בזה וכתב שאם היו דרים שם שני גויים וישראל ביחד מותר ליטלה שאנו תולין אותה ברוב. והנה דברי דברי הטור ברורים ומפורשים דיש להתיר מטעם תליה ברוב כיון דיש שם ב' גויים נגד ישראל אחד, וצ"ע מכאן על הט"ז דס"ל דלא אזלי' באבידה אחת"ר.

ובדעת התוס' וביאור דבריו נאמרו בזה כמה דרכים באחרונים. דלכאור' דבריו צ"ב, הן מטעם תליה ברוב - למה לא

שכיחי חכמים וא"צ רוב, וקשה על הסמ"ע דס"ל דלא חיישינן למיעוט. וי"ל שהסמ"ע פירש מש"כ הטור והרמ"א מקום שת"ח מצויין, דכוונתם שצריך שיהא רוב ת"ח במקום זה, וכמש"כ בביאה"ג הנ"ל.

אולם יתכן לומר דגם להסמ"ע א"צ שיהא רוב ת"ח, רק אי מצוי ת"ח אפי' שהם מיעוט צריך להכריז. דהרי כבר כתבתי לעיל דיל"ד דכאן חשיב דיש חזקת מ"ק, שיתכן דעדיפא מרוב, א"כ י"ל לעניינינו דאפי' לא נימא דחשיב חזקת מ"ק, הוא משום דהא גופה מספק"ל - מי הוא המ"ק. וכן מתבאר ברע"א (כא: על תוד"ה תאנה ודף כו. על הגמ' אם היה כותל ממולא מהן חולקין עי"ש) דלא חשיב חזקת מ"ק כה"ג, ובפרט נגד רוב, די"ל דגם להברוך טעם שהובא לעיל עכ"פ לא עדיפא מרוב, ואפי' נימא דבעלמא רוב עדיפא ממ"ק, מ"מ י"ל דאה"נ מדינא הו"ל למיזל גם כאן אחת"ר, אבל לעניין מה שתיקנו חכמים שצריך לברר כשיש מיעוט המצוי חמיר כאן מרוב גויים, ומטעם דכיון דוודאי של ישראל היה הוי כמו איתחזק איסורא דחמיר טפי. דהגם דס"ל להסמ"ע דבאבידה לא הצריכוהו להכריז כשיש רוב להתיר, מ"מ במקום דיש חזקת איסור י"ל דמודה דצריך להכריז כשאפשר לברר. ועיין במלחמות ה' בחולין שם, שמבואר בדבריו דהיכא דיש חזקת איסור יש יותר סברא לחייבו לבדוק כשאפשר לבדוק.

שיש שם אנשים אחרים ולכן אין להתיר משום תליה ברוב רק מטעם יאוש ולכן צריך ג' גויים. ונראה כוונתו דהוי כבתי כנסיות דידן דיתבי בהו גויים (בגמ' כד. והביאו הרמ"א ס"ס רנט), ר"ל שיש הרבה ישראלים שנכנסים לשם, וע"כ כשנדון ממי נפל יש לתלות מרוב ישראל שנכנסו שם. ומ"מ מטעם יאוש מותר, דמסתמא מי שדר שם בקביעות הוא ימצאנו, ומשום יאוש צריך ג' גויים [ואולי כדרך הפנ"י והנתיח"מ דלהלן].

ד'. הפנ"י כתב ע"ד התוס' דס"ל דאין להתיר אבידה כלל מטעם תליה ברוב, רק הדין היה צריך להיות יניח, וכמו שהוזכר לעיל שכן דעת הפנ"י בעניין זה, ולכן לא סגי בב' גויים, כי ההיתר הוא רק משום יאוש ובזה צריך ג'. דרך במקום שהרבים מצויין שם קאמר רשב"א דמתיאש, ופחות מג' לא מיקרי רבים מצויין שם. [וברע"א הביא דבריו והק' עליו, דלעניין יאוש שיש ברוב גויים אין סברא לחלק שיהא צריך מקום שרמ"ש, אבל כדברי הפנ"י מבוי ברשב"א כד. שהובא לעיל] ולדברי הפנ"י נמצא דהטור חולק על התוס' וס"ל דיש להתיר גם מטעם תליה ברוב, דהרי בטור מפורש שמתיר משום תליה ברוב.

ו'. בנתיח"מ (שם סק"ח) ביאר דאיה"נ, יש להתיר גם בב' מטעם תליה ברוב, רק התוס' מיירי ע"ד המשנה דאוקמוה בגמ' לעיל מינה דמיירי שהעלה חלודה ומוכח שמונח שם ימים רבים, וע"כ הוי של בעה"ב

סגי בב', והן מטעם יאוש דמסתמא אחד מהגויים ימצאנה. ועכ"פ צריך לברר כוונתם, ואביא בקצרה דברי האח' בזה.

א'. המהרש"א כתב דלכן לא סגי בב', דכיון דהגויים לנים שם רק לילה אחת, והבעה"ב הישראל דר שם בקביעות יותר יש לתלות שנפל מהבעה"ב, ורק כשיש שם ג' גויים בזה תולים שנפל מהם. ומבוי מדבריו דלעולם יש להתיר אבידה משום תליה ברוב. [וכ' הש"ך סי' רס סקי"ב דעפי"ז י"ל דלא נחלקו התוס' והטור, דהטור מיירי שגם הגויים דרים שם בקביעות כהישראל] ולא נחית המהרש"א לבאר למה לא נתיר משום יאוש ואפי' בב'.

ב'. הסמ"ע (סי' רס סקי"א) כ' דגם כוונת התוס' אינו שצריך ג' גויים כדי להתיר, רק גם בב' גויים וישראל אחד יש להתיר הן מטעם יאוש והן משום תליה ברוב, ומש"כ תוס' שצריך ג' היינו עם הגוי.

ג'. הש"ך (שם) כ' בדעת התוס' דס"ל דאין להתיר אבידה רק ברובא דמינכר, ולכן צריך ג' גויים נגד ישראל אחד. וחולק על הטור דס"ל דסגי בב'. ולא מפורש כ"כ בדבריו משום מה מתיר ברובא דמינכר, אי משום יאוש אי משום תליה ברוב, ואי"ה יבואר להלן.

ד'. הט"ז ביאר בזה שלא נחלקו התוס' והטור, דגם תוס' מודים שבב' גויים סגי להתיר משום תליה ברוב, רק תוס' מיירי

דרכ כשקרוב למחצה צריך לחשוש למיעוט, א"כ יש כאן מקום לומר דכן דעת הט"ז, ונאמר דס"ל להט"ז [עכ"פ לעניין אבידה] דרך ביותר משליש אז צריך לחשוש למיעוט, אבל בשליש ומטה עדיין לא חשיב קרוב למחצה ושפיר אזלי' אחה"ר. ועכ"פ לגודל הקושיא אולי י"ל כן.

בדעת הש"ך אם הולכים באבידה אחה"ר

ועתה נברר דעת הש"ך בעניין זה, דהנה כתב הש"ך (סקי"ב) דדעת התוס' דצריך ג' גויים כדי להתיר האבידה, וביאר הש"ך הטעם שצריך ג' "דפחות מג' לא מיקרי רוב לעניין מציאה, דכיון דמסתמא בעה"ב דר שם לפי שיטת תוס' לא סגי בב' עכו"מ ליהוי רובא בהכי, אלא בעינן רובא דמינכר. וזה נראה דעת הרמב"ם והמחבר דצריך ג' עכו"מ לעניין שאין אחר או אפי' הבעה"ב אינם יכולים לטעון שהוא שלו אע"פ שהוא דר ג'כ שם" עכ"ל הש"ך. ויל"ע בביאו"ד אי קאי על ההיתר דתליה ברוב ולזה צריך רובא דמינכר, ולא סגי ברוב פשוט לתלות אבידה אחה"ר, או דכוונתו לעניין יאוש דלזה צריך רובא דמינכר, דאין אדם מתייאש רק כשיש רוב גדול של גויים נגד ישראל. ולכל צד צל"ד למה לא יהא מותר גם בב' מהטעם השני.

והנה לשון הש"ך הוא שצריך שיהא ג' גויים לעניין שאין אחר יכול לטעון הוא שלו, ולשון זה משמע דר"ל שא"י לטעון שהוא שלו דתלינן שאינו שלו רק של

ולא של השוכרים הגויים, ולכן אין להתיר רק מטעם יאוש, ולכן צריך ג' שיהא מקום שרבים מצויין שם, וכמש"כ הפנ"י. ולדבריו י"ל דלא נחלקו התוס' והטור, דהטור לא איירי בהעלה חלודה וגם לא מוזכר שהישראל הוא בעה"ב [וע"ע בנתימ"מ מה שהביא מהפנ"י דרך נוסף בזה, והעולה מזה לעניינינו הוא כהנתימ"מ, אבל בפנ"י לפנינו איתא כנ"ל].

ולסיכום השיטות בזה לעניין תליה ברוב, לדעת המהרש"א סמ"ע ט"ז ונתימ"מ תלינן אבידה ברוב של ב' גויים וישראל אחד, ולדעת הפנ"י אין לתלות ברוב והדין הוא יניח, ודעת הש"ך בזה צל"ב וכדלהלן.

והנה מבואר כאן בדברי הט"ז כדבר מוסכם דכשיש ב' גויים וחד ישראל מתירין האבידה משום תליה ברוב, וכמבואר להדיא בטור דזהו טעם ההיתר משום שתולין אותה ברוב, והרי מיירי כאן בדבר שיב"ס כמב' בסוגיא ושו"ע, [דלכן הק' ש"מ קאמר רשב"א אפי' ברוב ישראל וכדפירש"י, וכ"כ התוס' דמיירי גם כשיב"ס] ותמוה מאוד איך מתאימים הדברים עם מש"כ הוא גופיה בסי' רנט דאין מתירין אבידה ע"פ רוב רק צריך להכריז.

אולם להמבואר לעיל יש כאן מקום לדון, דנתבאר דצריך שיהא מיעוט המצוי כדי שלא לילך אחה"ר, ובגדר מיעוט המצוי הרי נאמרו בזה כמה שיטות. והריב"ש כתב

שכבר יצאו משם ע"כ ששכחוהו והוי אבדה] כיון דתלינן ברוב עכו"מ. הרי מבואר דההיתר הוא משום תליה ברוב, ואעפ"כ צריך ג' ולא סגי בב', וע"ז כ' לפני' דהוא מטעם דבעינן רובא דמינכר, ומבו' שלעניין תליה הוא שהצריך רובא דמינכר.

וכן מדבריו הנ"ל (סקי"ב) נראה דמיירי לעניין תליה ברוב, דכ' שנחלקו תוס' והטור אי צריך רובא דמינכר ולכן רק בג' גויים הא"ש - כן ס"ל התוס', והטור חולק וס"ל דסגי בב'. והרי בטור מבו' דבב' גויים ההיתר דתלי' ברוב, ואי נימא דלתוס' ההיתר הוא משום יאוש א"כ לא שייכי להדדי. ואה"נ דנצטרך לבאר למה לא התירו התוס' גם בב' ומשום תליה, אבל לא שייך לומר שזהו המח' אי צריך רובא דמינכר או לא, רק דהתוס' ס"ל דכלל ל"ש להתיר משום רוב מאיזה טעם שיהיה, ומתירים רק משום יאוש, ולכן צריך רובא דמינכר. [ועדיין ייתכן דגם להטור כדי להתיר משום יאוש צריך שיהא רובא דמינכר] רק ע"כ דגם לתוס' ההיתר הוא משום תליה ברוב, וס"ל לתוס' דכדי להתיר משום תליה ברוב צריך שיהא רובא דמינכר. וכן דברי המהרש"א שהובאו בש"ך מבו' דמשום תליה ברוב דנו כאן.

וע"ע בש"ך סימן רנט סק"ב, בהא דכ' השו"ע דאבדה מותרת ברוב גויים ציין הש"ך לדבריו כאן (סי' רס ס"ג) ולא בירר כוונתו. אבל לכא' כוונתו למש"כ כאן דבעינן רובא דמינכר, וכ"ה בש"ך כת"י

הגוי. ומשמע דלהכי בעינן רובא דמינכר כדי שנתלהו ברוב. אולם אי"ז מוכח, דהרי זהו לשון הרמב"ם והשו"ע ג"כ "מפני שאין אחר יכול לטעון שהם שלו או שהוא טמן". ואיה"נ שיש מקום לפרש בדבריהם דר"ל דתלינן דאינו שלו רק של הגוי, וכן נראה שביאר הסמ"ע וע"ז הוסיף בסקי"ג דאף אם האמת אתו מותר משום יאוש, אבל לשאר האח' [להט"ז ונתיה"מ] הרי מיירי באופן שאין להתיר משום תליה ברוב, ורק מטעם יאוש מותר, ואעפ"כ כתבו לשון זה שאין אחר יכול לטעון. ועכצ"ל דר"ל דלכן א"י לטעון שהוא שלו כיון דאפי' שהוא טמן כבר נתייאש, ועכ"פ מדברי הש"ך אין להוכיח יותר מהשו"ע.

ובש"ך ס"ק יא מבואר להדיא דלמסקנא דמיירי בג' עכו"מ מותר מטעם יאוש, וז"ל: "אא"כ עכו"מ דרים עמו, דבכה"ג אפי' בעה"ב דר עמהם ויב"ס ולא העלה חלודה הרי הוא של מוצאו, דבעה"ב מתייאש כיון שעשאו פונדק לג' עכו"מ, כדמוכח בש"ס לשי' תוס' עכ"ל. ומבואר דמותר משום יאוש, וא"כ ע"כ מש"כ אח"כ בהא דלתוס' צריך ג' ולא סגי בב' דבעינן רובא דמינכר מבואר דאין יאוש רק בג', ולכן צריך רובא דמינכר.

לעומת זאת, בש"ך ס"ק יג דקאי על מש"כ השו"ע דכשעשאו פונדק לג' גויים מותר, כ' הש"ך בתו"ד דאפי' לא מצא בעניין שהוא אבדה הוי של מוצאו, [דכיון דמיירי

(מופיע בשו"ע מהדורת פרידמן) דציין לכאן שכ' דצריך רובא דמינכר. ושם להדיא מיירי לעניין יאוש כמב' בשו"ע שם, דמפ' שאם בא ישראל ונתן סימן מותר משום יאוש וע"ז כ' הש"ך דצריך רובא דמינכר, וכ"ה בהערות מכת"י הש"ך (שם) שכ"כ שהכוונה שצריך רובא דמינכר, ומב' דלעניין יאוש איירי.

ולכא' צריך לומר דמיירי על שניהם. אבל תמוה לומר דכאן מותר הן משום תליה ברוב והן משום יאוש ולשניהם צריך רובא דמינכר, דהרי לכל חד סברא נפרדת, בהיתר דיאוש היינו דהישראל המאבד חושב שהגוי מצאה וכמש"כ הרמב"ם, וע"ז נאמר דקאמר הש"ך דזהו רק כשרובא דמינכר גויים רק בכך מתייחס הישראל, ולעניין תליה ברוב היתר אחר הוא, וגם בזה צריך רובא דמינכר כדי שנתלה שנפל מגוי. ותמוה דכלל הש"ך שניהם כאחת ודברים נפרדים הם, וכן הטור שהתיר משום תליה ברוב לכא' נאמר דמודה דלעניין יאוש צריך ג', דמה שמצאנו שחולק הוא רק משום תליה, דס"ל דלזה א"צ רובא דמינכר. וגם בלאו כל הנ"ל יל"ע דהש"ך סקי"א כ' דההיתר הוא משום יאוש, ובסקי"ב וסקי"ג מבואר דההיתר הוא משום תליה ברוב.

ומה שנראה בזה לכא' דהנה נתבאר לעיל דטעם היאוש ברוב גויים הוא משום דהאובד חושב שהגוי מצאה. והנה כך מב' ברמב"ם (פי"א אבידה ה"ז) ומשמע דזהו הטעם היחיד, עכ"פ סגי בזה לחוד שיתייאש.

אולם בתוס' (כד. ד"ה כי קאמר) כ' דטעם היאוש הוא משום שהגוי ימצאנה, ואפי' ימצאנה ישראל יתלה שנפל מגוי. ומב' כאן ב' טעמים, וכידוע דן בזה הרע"א אי כל טעם לחוד סגי או דצריך ב' טעמים יחד, ועיין בזה במאמרו הנפלא של ידידי הרב נפתלי חיים שוחט שליט"א בעניין זה. ולכא' מהגמ' בבתי כנסיות דידן דיתבי בהו גויים מוכח דטעם הראשון סגי, דהרי שם לעניין תליה צריך לתלות שמישראל נפל. אבל יש לחלק דשם י"ל דהוי ודאי שימצאום הגויים היושבים שם בקביעות, משא"כ בשאר רוב גויים אין כ"כ הכרח שהם ימצאוהו, וי"ל דשם ההיתר רק משום דהישראל המוצא יתלה שנפל מגוי. וע"ע בדברי הגהות מרדכי שהובא ברמ"א (ס' רנ"ט ס"ג) ובסמ"ע (שם סק"ח) דיש להוכיח משם דטעם הא' לחוד סגי. [לא מהדין שם, רק מדבריו בטעם הדין] אבל מ"מ יל"ד בדעת הש"ך לא כן, רק ס"ל דהעיקר הוא טעם הב', עכ"פ צריך גם לטעם הב' דכל היאוש שיש ברוב גויים הוא רק בצירוף זה שהמוצא יתלה שנפל מרוב גויים.

ולפי"ז שפיר תליא הא בהא, דיסוד הש"ך דדין תליה ברוב באבידה הוא רק ברובא דמינכר, ולכן אין להתיר מטעם תליה רק כשיש ג' גויים, ומעתה גם מטעם יאוש אין להתיר בפחות מג' כיון שהמוצא צריך לחשוש שנפל מישראל ויכריז. אבל כשיש ג' כבר מותר גם מטעם יאוש, ואה"נ כשיש ג' יש כאן ב' טעמים להתיר, הן משום יאוש והן משום תליה ברוב. ובטור דמב' דאיכא

אסור ליטול לעצמו בלי הכרזה, רק יש עליו חיוב להכריז ולבדוק אם של ישראל הוא, וזהו שכתב הש"ך דצריך רובא דמינכר, היינו דבל"ז הוי בגדר מיעוט המצוי וצריך להכריז. וס"ל להש"ך [עכ"פ לעניין אבידה] דבב' נגד חד עדיין יש חובת בירור, דחשיב מיעוט המצוי, ורק בג' נגד חד אז הוי רובא דמינכר וא"צ לברר. וזה דלא כמשנ"ת בדעת הט"ז דגם ב' נגד חד א"צ לברר עוד, ולפי"ז דברי הש"ך שצריך רובא דמינכר היינו רק בדבר שיב"ס ששייך לברר, ולדעת הש"ך נחלקו בזה התוס' והטור, דהטור ס"ל דאזלי' אחר הרוב באבידה ואפי' אינו רובא דמינכר.

תליה גם בב' א"כ גם משום יאוש יהא מותר בב', ונפק"מ דאפי' ישראל נותן בה סימן מותר כיון דכבר נתייאש, כי חושב שהמוצא יתלה ברוב. [וכן בתו' בסוגיין סוד"ה וניזל וכו' הובא בש"ך סקי"א מבואר להדיא דלמסק' מותר משום יאוש]

ולפי"ז עיקר יסוד דברי הש"ך הם דלעניין השבת אבידה לא אזלי' אחר הרוב להקל רק צריך רובא דמינכר, וביאור הדבר, דלכאור' יל"ד מ"ש מכל מקום דאזלי' אחר הרוב הרגיל להקל. רק לכאור' טעמיה דהש"ך כדרך הט"ז שנתבאר לעיל, שכשיש מיעוט המצוי

זאת תורת העולה

א. לדעת הסמ"ע [והיא שיטת תוס' והריטב"א] הולכין אחה"ר להתיר אבידה ברוב גוים. [ובמקום שהרוב להתיר הוא משום יאוש בעלים, יש מקום לדון דמודה הסמ"ע דחיישינן למיעוט המצוי כשאפשר לברר]

ב. לדעת הט"ז [והיא שיטת הרשב"א] אין הולכין באבידה אחה"ר ואפי' ברוב גוים, ויש על המוצא חיוב להכריז. והעלינו לדון דזהו רק כשיש מיעוט המצוי, דתקנ"ח הוא שלא לסמוך על הרוב כשיש מיעוט המצוי ואפשר לברר הספק. [עוד צידדנו לומר כדי ליישב דברי הט"ז, דכשיש רק שליש ישראל עדיין לא מיקרי מיעוט המצוי, ולכן בב' גוים וישראל אחד יכול ליטול לעצמו, וצ"ע בזה. וזה מב' במהרש"א דיש להתיר בב' גוים וישראל אחד אם לא כשהישראל דר שם בקביעות לבדו]

ג. לדעת הפנ"י ושושנת יעקב [וזוהי שיטת רש"י] אין הולכין אחה"ר לעניין שיוכל ליטול לעצמו, ומ"מ אין עליו חיוב ליטול ולהכריז. וגם בזה צידדנו דזהו רק כשיש מיעוט המצוי, אבל בל"ז יכול ליטול לעצמו.

ד. בדעת הש"ך העלינו דנחלקו בזה התוס' והטור, דדעת התוס' הוא שהולכין אחה"ר רק ברובא דמינכר, וג' גוים נגד ישראל אחד חשיב רובא דמינכר, אבל ב'

גוים נגד ישראל אחד לא נחשב רובא דמינכר. ונתבאר גדר הדבר כנ"ל, דיש תקנ"ח שלא לסמוך על הרוב כשיש מיעוט המצוי ואפשר לברר. ודעת הטור דבכל רוב סגי וגם ב' גוים נגד ישראל אחד יכול ליטול לעצמו.

ה. וכ"ז כשיש בו סימן שאפשר לברר הספק, אבל כשאב"ס העלנו דלכו"ע יכול ליטול לעצמו, בכל מקום שיש רוב להיתר.

וכמובן שכל זה לא נכתב רק לפלפולא ולא להלכה כלל וכלל

הרב מנחם מנדל פרידמן

בעניין החילוקים בין ייאוש לזוטו של ים, ודין זוש"י באבודה ממנו בצורה מוחלטת אך לא מכל אדם

ביום ה' טבת תשפ"ג פורסם בעיתונות על 'ביזת הים בחוף אשקלון'. שלוש מכולות (קונטיינרים) טעונות בסחורה נפלו מסיפון אונייה על חוף אשקלון, ונסחפו עם הגלים לחוף כשהן עמוסות בחד פעמי, במוצרי תינוקות ובמכשירי חשמל שונים. המון נרגש התגודד בחוף והמתין להגעת המכולות, משהגיעו המכולות עטו עליהן האנשים ובזזו את תכולתן.

מעשה נוסף אירע באדם שעמד ברכבת סמוך לדלת, ולפתע נפל מידו שעון שיש בו סימן. ותיכף מיד לאחר הנפילה התחילה הרכבת לנסוע - והמאבד עודנו עומד בתוך הרכבת, באופן שאין לו אפשרות להגיע אל השעון. ובמצב כזה נמצא שהשעון אינו אבוד מכל אדם אלא ממנו, אבל ממנו היה אבוד לגמרי ובצורה מוחלטת.

ונשאלה שאלה האם דינם של שני סיפורים אלו הינו כזוטו של ים, ומותר למוצא ליטלם לעצמו אע"פ שיש בו סימן - מכיוון שאבוד מהבעלים בצורה מוחלטת, או דלמא הוי כסתם חפץ שיש בו סימן שחייב המוצא בהכרזה. ואף שבאופן זה שאין אפשרות שהחפץ יבוא לידו מתיאשים הבעלים וא"כ לכאן' בכל אופן מותר המוצא לקחתם, מ"מ מצינו כמה נפק"מ בגמרא בראשונים ובפוסקים בין ייאוש לזוטו של ים, וכדלהלן.

ותרתי לי מקום לחקור ולדון בשורש הדינים, האם הם חילוקים טכניים בין ייאוש לזוטו של ים - או שמגדירים את מהות החילוק ביניהם, ובזה יבואר אי"ה גדר זוטו של ים, והאם זוש"י שייך במצב של אבוד ממנו באופן מוחלט ואינו אבוד מכל אדם. וזה החלי בעזרת ק-לי צורי וגואלי.



ענף א'

החילוקים בין ייאוש לזוטו של ים

דבר שאין בו סימן | עומד וצווח | שלא מדעת ובקטן | באיסורא אתי לידה |
לפנים משורת הדין | חזר בו מהייאוש כשיש סיבה לחזרה, כי התבטל מצב
הייאוש והזוטו של ים | ייאוש וזוטו של ים ברשות | קנה גוי את האבידה לאחר
ייאוש הישראל או לאחר זוטו של ים | ייאוש וזוש"י בקרקע

"כלומר כשם מי שטבעה ספינתו המציל
ממנה הרי הן שלו ואע"פ שבעלה עומד
וצווח, כדאמרינן המציל מזוטו של ים התורה
התירתו" וכו'. וכ"ה ברא"ש סי' ב' שכתב
וז"ל, "יצתה זו שאבודה ממנו ומכל אדם,
ואפילו עומד וצווח נעשה כצווח על ביתו
שנפל ועל ספינתו שטבעה בים". וכן נפסק
בשלחן ערוך (סימן רנ"ט סעי' ז).

א. דבר שיש בו סימן

בגמרא (ב"מ דף כ"א ע"ב) מבואר חילוק
בדבר שיש בו סימן, שלעניין ייאוש
אינו מתיימש ביש בו סימן, משא"כ בזוטו
של ים כולי עלמא לא פליגי דאף על גב
דאית ביה סימן רחמנא שרייה.

ב. עומד וצווח

ולעומת זאת בדבר שאין בו סימן אין
מפורש בגמרא האם מועיל עומד
וצווח לעניין שלא יהיה ייאוש, וז"ל
השיטמ"ק (דף כ"ו ע"ב): "הא נמי דאמרינן
לקמן אמר רבא מאן דחזיא לחבריה דנפל
מיניה זוזא בחלתא ואשכחיה ושקליה לא
מחויב לאהדורי, ואף על גב דאייתי ארבילא
וקא מארביל, הכי קאמר כי היכי דנפל מינאי
נפיל מאיניש אחרינא וכו' דאלמא אלו אמר
בהדיא על ידי מהדרנא ולא אייאש מיניה
חייב לאהדורי. ואף על גב דחלתא כזוטו של
ים הוא, לא היא, דחלתא ודאי סתמיה כזוטו
של ים הוא ומשום הכי לא מיחייב
לאהדוריה, אבל לאו כזוטו של ים הוא לגמרי

לגבי זוטו של ים מבואר (שם דף כ"ד ע"א)
בברייתא, "וכן היה ר' שמעון בן
אלעזר אומר, המציל מן הארי ומן הדב ומן
הנמר ומן הברדלס ומן הנחש ומן זוטו של
ים ומשלוליתו של נהר, המוצא בסרטיא
ופלטיא גדולה ובכל מקום שהרבים מצויים
שם הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתייאשים
מהם". ובע"ב שם איתא, "רבא הוה שקיל
ואזיל בתריה דרב נחמן בשוקא דגלדאי
ואמרי לה בשוקא דרבנן, אמר ליה מצא כאן
ארנקי מהו, א"ל הרי אלו שלו, בא ישראל
ונתן בה סימן מהו, א"ל הרי אלו שלו. והלא
עומד וצווח, נעשה כצווח על ביתו שנפל
ועל ספינתו שטבעה בים". וכתב הר"ח שם,

ומשמע דאינו מטעם ייאוש, דאי הוי מטעם ייאוש היה צריך להועיל צוותו. וכן דעת התוספות (בדף כ"ב א') שזוש"י לאו מטעם ייאוש הוא, אלא רחמנא שרייה, וכן אינו מטעם הפקר אלא זוש"י הוי היתר זכייה אף אם הבעלים אינו מתייבש, ולשיטתם יוצא שישנו לדין זוש"י אף באופן שלא ידעו הבעלים דהוי כעת זוש"י.

ולעומת זאת דעת כמה מהראשונים שזוש"י מדין ייאוש הוא, כן מפורש ברש"י במס' בבא קמא (דף ס"ו בד"ה מוצא אבידה). וכן מתבאר ג"כ במאירי, שכתב וז"ל: "נמצא שאבידה נקנית בשלשה דרכים למוצא; אין בה סימן, וכן יש בה סימן ונתייבשו הבעלים בוודאי בשעת מציאה, וכן לא נתייבשו בוודאי אלא מן הסתם, כגון זוטו של ים ושלוליתו של נהר ומקומות שהרבים מצויים שם". עכ"ל. מוכח מדבריו דזוטו של ים מטעם ייאוש הוא. ובריטב"א (בדף כ"ד) נמי איתא וז"ל, "מפני שהבעלים מתייבשים מהם פ"י בתוספות דאסרטיא ופלטיא ומקומות שהרבים מצויים שם קאי בלחוד, דאילו זוטו של ים ושלוליתו של נהר אפי' הוא צוות שלא נתייבש אינו חייב להחזיר כיון שאבודה ממנו ומכל אדם. ואין צורך, אלא לעולם אכולה מתניתין קאי, דזוטו של

משום דהא אפשר לארבולי וזימנין דמשכח ליה, והילכך כל היכא דשמעינן דלא אייאש לא הוה ליה כזוטו של ים ומיחייב לאהדורי, אבל זוטו של ים אבודה היא לגמרי ומשעת נפילתו הויה הפקר גמור, כן נראה לי. הרשב"א עכ"ל. הרי מבואר בדבריו שדווקא בזוטו של ים לא מועיל צוות, אבל בסתם דבר שאין בו סימן מועיל עומד וצוות.

ועיין בתרומת הכרי (סימן רנ"ט סעי' ג') שהביא דעת הצמח צדק (סימן פ"ט), שאם מצא דבר שאין בו סימן והבעלים עומד וצוות שאינו מתייבש בטלה דעתו אצל כל אדם והוי ייאוש¹. והתרומת הכרי חולק וסובר שבעומד וצוות לא הוי ייאוש.

ובירושלמי (פ"י ה"ה) איתא בעניין האם מועיל עומד וצוות, וז"ל: "שטף נהר חמורו והיה צוות ואומר לא נתייבשתי, ריש לקיש אמר כל זמן שצוות לא נתייבש, ר' יוחנן אמר חזקה מייבש הוא" עכ"ל. הרי שבדבר שאין בו סימן נחלקו ר' יוחנן וריש לקיש האם מועיל עומד וצוות².

ג. שלא מדעת ובקטן

כתב הרא"ש גבי מציל מן הנהר וכו' דלא מהני עומד וצוות בזוטו של ים,

1 בשיעורי ר' שמואל ביאר הדבר, דאין הכוונה משום דהוי ייאוש ממילא אפילו אינו מתייבש, דאם כן היה מהני ייאוש אף שלא מדעת דומיא דעומד וצוות - דבפועל לית כאן ייאוש ואפילו הכי מהני. אלא הביאור דאמרינן בטלה דעתו היינו דבאמת בפנימיות לבו הריהו מתייבש, וחשיב ייאוש מדעת.

2 ודין שטף נהר חמורו המבואר בירושלמי אין דינו כזוטו של ים אלא כייאוש, כמבואר בנתיב"מ רס"ב ורס"ד משום שיכול להציל, והכריח כן שאם הוא זוטו של ים לא מועיל מה שהציל את שלו.

ואילו בזוטו של ים מבואר בגמרא דרחמנא שרייה ואע"ג דאית ביה סימן כדבעינן למימר לקמן, וממה שמביאה הגמרא דין זוטו של ים עם דין ייאוש שלא מדעת לכאורה מבואר דעל אותו מצב איירי, שבאותו אופן שייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש לאביי, והיינו בלא ידע, בזוטו של ים רחמנא שרייה. ולכאור' קשיא מכאן על הרמב"ם שכתב דדין זוטו של ים מיירי רק כשידע.

ובאמת נדחקו הנו"כ בדעת הרמב"ם, ואפשר לדחות בדוחק שמביאה אגב החידוש של דבר שיש בו סימן, דאע"ג דשמעיניה דמייאש לבסוף לא הוי ייאוש דכי אתי לידיה באיסורא אתי לידיה, ובזוש"י אף ביש בו סימן דרחמנא שרייה היינו דווקא בידע, דאי לא ידע באיסורא הוי אתי לידיה. וכ"כ באבן האזל פ"ו ליישב דעת הרמב"ם.

אולם ביונת אלם (ס"י כ') ובחז' ר' מאיר שמחה (דף כ"ו) כתבו לבאר בדעת הרמב"ם, שהזוש"י איה"נ פוטר מהשבה אך עדיין אינו מתירו להיות שלו, ובכדי להיות שלו בעינן ייאוש בעלים⁴. אלא שמכיוון

ים ושלוליתו של נהר להכי שרייה רחמנא משום דאיכא ייאוש בעלים, ומשם למדו בירושלמי דייאוש קונה במציאה. ומיהו אף על גב דצוות דלא מייאש אין בכך כלום, דשקורי משקר או בטלה דעתו אצל כל אדם, ומשו"ה נעשה כצוות על ספינתו שטבעה בים ואין בדבריו כלום" עכ"ל. הרי מבואר בדבריו שדין זוטו של ים אינו היתר חדש אלא מטעם ייאוש קאתינן עלה, ולפי"ז באופן שלא ידע הו"ל ייאוש שלא מדעת ואסור למוצא לקחתו לעצמו.

והנה ברמב"ם (פ"ו מהלכות גזלה הלכה א') ג"כ מבואר שזוטו של ים הוא מטעם ייאוש, וכתב דאיירי בידע ולכך הוי ייאוש ומשו"ה יש בו היתר זכייה³.

אמנם מדברי הגמרא נראה בפשטות שזוש"י איירי בלא ידע, שבחפץ שאין בו סימן נחלקו אביי ורבא (דף כ"א וכ"ב) האם ייאוש שלא מדעת הוי ייאוש או לא הוי ייאוש, וקיימא לן הלכתא כאביי ביע"ל קג"ם דייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש. ובדבר שיש בו סימן כו"ע לא פליגי דלא הוי ייאוש ואע"ג דמייאש מיניה לבסוף,

3 ז"ל הרמב"ם: "לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר ומן הגייס ומן הדליקה ומן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס, אם ידע בוודאי שנתיאשו הבעלים הרי אלו שלו, ואם לא ידע יחזיר". והראב"ד השיגו וכתב "א"א אלו דברי תימה הם". עכ"ל.

4 ולכאורה הרמב"ם אזיל בזה לשיטתו באבידה מדעת שאינו הפקר ופליג על הטור בסימן רס"א, והיינו שהלימודים מהפסוקים של אשר תאבד ממנו ומצאתה הם לפטור מהשבה ולא להיות שלו. אבל לפי"ז תיקשי לך, א"כ אפי' בייאוש לא יהיה אלא פטור מהשבה ולא יהיה החפץ שלו. אלא עכצ"ל דסברא הוא, שבייאוש אם לא נעשה שלו מאי טעמא פטרתו התורה מהשבה. ולפי"ז אפשר שבזוש"י שעומד לייאוש הבעלים לכשידעו, שפיר פטרתו תורה מהשבה אף מקודם שזכה בו ע"י ייאוש.

שלא נתחייב בהשבה אין בו דין באיסורא
אתי לידיה, וזוכה בו לאחר ייאוש.

מדעתו שמועיל בזוש"י⁵. מלבד דעת אבן
האזל הנ"ל.

ושאר אחרונים ביארו בדעת הרמב"ם
עפ"מ ש"כ במיוחס להריטב"א במעשה
דמרי בר איסק, וז"ל: "וכ"ת אם כן אמימר
ורב אשי היכי אכיל, י"ל דמידע ידעי דמינח
הוי נחא ליה למרי בר איסק שיהנה ת"ח
מנכסיו, ולא אתא באיסורא לידיה דרחמנא
שרית מעיקרא, כי אף על גב דלא ידע כי האי
שהן ת"ח כדאמרינן בזוטו של ים" עכ"ל.
וביאור העניין הוא, שייאוש הוא מצב ולא
חלות מסויימת, ושייך בעצם לדונו אף שלא
מדעת, אלא שמכיוון שהייאוש הוא בעל
כורחו א"כ כשאינו רואה את המצב לפניו
אין דנים אותו. אך עכ"פ מצב ודאי שייך
לדון אף שלא מדעתו, וא"כ ה"ה זוטו של ים
שהוא מצב ודאי שייך לדונו אף שלא
מדעתו.

הוכחה נוספת שמועיל זוש"י אף בלא
ידעו הבעלים יש להביא מהגמרא
(דף כ"ב ע"ב) שאיסורא דומיא דהתירא,
מה התירא בין דאית ביה סימן בין דלית
ביה סימן וכו', וביארו התוספות שמה
שמתיר אבודה ממנו ומכל אדם ע"כ לא
איצטריך קרא בידע ומתייבאש אלא בלא
ידע, ודומיא דהכי איסורא דהיינו בלא ידע,
הרי שאבודה ממנו ומכל אדם מותר אף
בלא ידע. [ודעת הרמב"ם בגמרא אפשר
שיסבור כדעת רש"י ושאר ראשונים
שביארו הגמרא באופן אחר]

ד. באיסורא אתי לידיה

בדין ייאוש מבואר בגמרא (דף כ"א ע"ב)
שבדבר שיש בו סימן, אע"ג דמייאש
לבסוף באיסורא אתי לידיה וחייב להשיב,
ובדבר שאין בו סימן ג"כ מבואר בגמרא (דף
כ"ו ע"ב) ששייך בו דין באיסורא אתי לידיה,
וכגון בראה סלע שנפל מב' והיינו דבר שאין
בו סימן, אם נטלה לפני ייאוש ע"מ להחזירה

ולכאורה קטן ג"כ שייך בזוש"י, לא מיבעי
לשיטת הסוברים שהוא פרשה
חדשה שרחמנא אפקריה בכה"ג פשוט דהאי
אפקעתא דמלכא שייך ג"כ בקטן, אלא אף
אם הוא מדין ייאוש לכאורה לא גרע משלא

5 ביאור הדבר י"ל ע"פ דברי התוספות (בדף כ"ב ע"ב ד"ה דלאו בני מחילה, וכבר הובא לעיל) שדין הקטן כדין
ייאוש שלא מדעת, דלכי גדלי מייאשי. ולמ"ד הוי ייאוש מועיל אף בקטן.
והיה מקום לומר אף לולא דברי התוספות שהפרשה של זוטו של ים אף אם הוא בתורת ייאוש הרי הוא
ייאוש שהתורה קבעה אותו משום שהוא דבר מוחלט וברור שמתייאש, וממילא שייך אף בקטן.
אמנם יל"ע עוד לפי"ד הריטב"א (הובא לעיל) שצווחה היתה מועלת בזוטו של ים אילולא סברא של שקורי
משקר או בטלה דעתו, וא"כ לכאורה לא שייך לדון המצב של זוש"י בקטן, שהרי בזוש"י צריך אפשרות
להתנגד וקטן אין יכול להתנגד.

ולאחר ייאוש נתכוון לגזלה עובר משום השב תשיבם⁶.

לעומת זאת בזוטו של ים אין גמרא מפורשת מה דינו באופן שבאיסורא אתי לידיה, וברא"ש (סימן ט') על המשנה של מצא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו מפני שיכול לומר של אמוריים הן כתב וז"ל, "ועוד יש לומר מה שנשאר טמון מן האמוריים לא היו לאותו שנפל הקרקע לחלקו, כי השלל היה מתחלק לכל ישראל, ואחר שעמד שם הרי הוא כאבוד מכל ישראל והרי הוא של מוצאו. וכי תימא תקנה ליה חצירו אחר שנתיאשו ישראל, לא עדיפא חצירו מידו, דאילו בא לידו קודם ייאוש תו לא קני הואיל ובאיסורא אתא לידיה, הלכך חצירו נמי בכי האי גוונא לא קניא ליה". מדברי הרא"ש עולה ששייך באיסורא אתי לידיה בזוטו של ים שהוא במצב שאבוד מכל ישראל, וכ"כ גם בב"ח על הרא"ש.

ולולא דברי הב"ח היה מקום לדחות את הדיוק מדברי הרא"ש, שאינו מצב של זוטו של ים אלא של ייאוש, שאף שאבוד ממנו לגמרי אינו אבוד מכל אדם, שהרי אינו אבוד מבעל הגל והכותל. ואין כוונת הרא"ש במה שכתב אבודה מכל אדם אלא לומר שהמטמון אבוד בצורה מוחלטת.

ה. **לפנים משורת הדין**

נפסק בשו"ע (סי' רנ"ט סעי' ה') "מצא חפץ במקום שרבים מצויים שם הרי אלו שלו, ואפ"ה טוב וישר להחזיר לפנים משורת הדין"⁷. וכן פסק הרמ"א (שם סעי' ז') לעניין זוטו של ים, שאף שהרי אלו שלו טוב וישר להחזיר לפמ"ש"ה. וכמו"כ כתב בשו"ע הרב (הלכות מציאה ופקדון סעי' י"ח) לעניין חפץ שאין בו סימן שנתיאשו בעליו שע"פ דין הרי אלו שלו, דמ"מ חייב להחזיר לפמ"ש"ה.

ובדרכי משה הוכיח מדברי המרדכי שיש חיוב לפנים משורת הדין אף בזוטו של ים. שנתקשה המרדכי על החיוב לפנים משורת הדין ממעשה דדיו, שנפסק בגמרא הרי אלו שלו ולא מוזכר חיוב להחזיר לפמ"ש"ה, וכתב המרדכי לחלק שהחיוב לפנים משורת הדין הוא דווקא במוצא עשיר ובעל אבידה עני. עולה מדברי המרדכי שיש חיוב לפנים משורת הדין אף בזוטו של ים, ועפ"י זה פסק הרמ"א בסעי' ז' שיש חיוב להחזיר לפמ"ש"ה.

ובדרך אגב, לכאורה מדברי רמ"א מוכח שדין מקום שרבים מצויים שם אין דינו כזוטו של ים, שאם לא כן מדוע הוצרך לכתוב החיוב דלפמ"ש"ה בסעי' ז' גבי זוטו

6 מלבד דעת רעק"א שבדבר שאין בו סימן אין בו חיוב השבה כלל, ויש לרעק"א צד שאף לאחר הגבהה אין חיוב השבה. כמו כן דעת הרמב"ם היא שבדבר שאין בו סימן זוכה לאלתר, ואכמ"ל.

7 היינו במצב שאין תליה שגוי איבדו, דהיינו באופן שנתן בה ישראל סימן.

להחזיר לפמש"ה, לאינו עומד וצוות שאז אין בו חיוב להחזיר לפמש"ה. וצריך טעם.

של ים בנפרד. ועיין עוד בעניין זה לקמן בענף ב'.

ו. חזר בו מהיאווש כשיש סיבה לחזרה,

כי התבטל מצב היאווש והזוטו של ים

בנתיה"מ (סי' רס"ב ס"ק ב') ובקצוה"ח

(סי' ת"ו) ובתרומת הכרי (רס"ב)

כתבו לחדש שייאווש אין מוציא את החפץ מרשותו אלא הוא היתר זכיה, וכל כמה שלא זכה בו אחר יכול לחזור בו כיון שלא יצא מרשותו¹⁰. ובתרומת הכרי נקט באופ"א קצת מהנתיה"מ, שהגם שייאווש הוא היתר זכיה ובכל זאת לא מהני חזרה אא"כ הוא עושה מעשה זכיה בחזרה. [ויל"ע אם כוונתו מעשה קניין או עצם ההימצאות ברשותו].

ובנתיה"מ שם [עיי"ש שביאר עפ"י זה את

דברי התוספות ב"ק ס"ו] ביאר

שמהפסוקים מוכח כן, שהפקר נפקא ליה מקרא דתשמטנה ונטשתה והיינו שיוצא מרשותו לגמרי, משא"כ יאווש נפקא ליה מקרא דשמלה ושם בקרא כתיב ומצאתה, ובגמרא (דף כ"ז) מבואר ומצאתה דאית

לידיה משמע, וכיון שלא נכתב הזכיה אלא כי אתי לידיה מהיכי תיתי שיוצא מרשותו

לעומת זאת, בתרומת הכרי (סי' רנ"ט ס"ז)

ובבית הלוי (ח"ג סי' מ"ח) כתבו

לחלוק שבמרדכי לא נתקשה מדיו, אלא מהנעשה כצוות על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים המובא בגמ' במעשה דהמוצא בשוקא דגלדאי ובשוקא דרבנן, אבל בזוטו של ים אין חיוב לפמש"ה⁸. ובבית הלוי טען שם שכן מבואר מדברי הטור והמחבר, מדלא הביאו דין לפניו משה"ד אלא על מקום שרבים מצויים שם בסעי' ה', ולא בזוטו של ים בסעי' ז'. וכן נראה מדברי הר"ן במס' שבת וכדלקמן.

ולהאמור בדעת רמ"א אינו ראיה, שאפשר

שדעת הטור והמחבר שדין מקום

שרבים מצויים שם הוא כזוש"י, ולפי"ז בסעי' ה' דאיירי במקום שרבים מצויים שם מובא החיוב להחזיר לפמש"ה. [ולפי זה נחלקו המחבר והרמ"א האם מקום שרבים מצויים שם הוא כזוש"י, ולקמן יבואר שאפשר שנחלקו בו האמוראים בגמרא].

ראיתי מי שחילק⁹ בזוטו של ים בין אופן

שעומד וצוות שאז יש בו חיוב

8 וכתב שם דלהיפך, המעשה דדיו היה בבני בר מריון שהיו עשירים כמבואר בגמ' ב"ב (בדף י"ב ב). [ואף אם האובר ג"כ עשיר, דעת התרוה"כ שמעשיר לעשיר ג"כ יש בו חיוב לפמש"ה]. וא"א לומר שמה שכתב המרדכי שאין חיוב לפמש"ה מעני לעשיר הוא על מעשה דדיו. [ועי' בית הלוי שם דלא ניחא לה בזה].
9 בספר פתחי חושן להג"ר יעקב בלוי זצ"ל.

10 ודלא כהחזו"א (הג' לחו"מ קמ"ח) שכתב שמבחינת החלות יאווש הרי הוא כהפקר - ועדיף מהפקר, שאף לר' יוסי שבהפקר יכול לחזור בו, בייאווש שהמצב גרם לכך אין יכול לחזור בו. [וכן מוכח כ"פ מלשון רש"י שייאווש כהפקר, והיינו לא מבחינת המעשה אלא מבחינת התוצאה].

ולעומת זאת בזוש"י נראה מדברי הנתי"מ שאף אם נגמר סיבת הזוטו של ים אינו חוזר לרשותו. שכתב לבאר במעשה דחמורו של רב ספרא (ב"ק קט"ז) שכל אחד נתן ביומו חמורו לארי שהתלווה עמהם, ובהגיע תור רב ספרא לא אכל הארי, ומבואר שם בגמרא דמשמאי רחימו עליה. ונתקשו התוספות שהרי מציל מפי ארי דינו כזוש"י ומאי שנא מציל מפי ארי לניצול מפי ארי, וביארו שבניצול מפי ארי הרי כלה הייאוש מקודם ויכול לחזור בו. ונתקשה הנתי"מ מה הדמיון שם בגמרא בין חמורו דרב ספרא לעלה חמורו מאליו בשטף נהר חמורו וחמור חברו, שבשניהם מבואר בגמרא דמשמאי רחימו עליה, ולכאורה הרי בשטף נהר חמורו הוי הפקר כמו מציל מן הנהר, וא"כ הוי כזוכה מהפקר אפילו לא אמרינן משמאי רחימו עליה. וביאר שמציל מן הנהר אין לו דין הפקר ממש אלא ייאוש, דדוקא באבודה מכל אדם כשור הנסקל יש לו דין הפקר, אבל ביכול להציל ע"י הדחק אינו אלא מטעם ייאוש. ומכיוון שכלה הייאוש מקודם שבא ליד זוכה צריך לסברת משמאי רחימו עליה. ובפשטות מבואר מדבריו שזוטו של ים שונה מייאוש, ואינו יכול לחזור בו אף שכלה סיבת הזוטו של ים.

מקודם לכן¹¹. ועכ"פ אם נניח שאינו ברשותו לגמרי יש לעיין גדר הייאוש; האם כוונת הנתי"מ שייאוש הוא היתר זכיה בעלמא, ולעת עתה שלא זכה בו אחר נחשב ממש עדיין ברשותו לעניין חמץ וכדו', או שודאי אינו ברשותו, אלא שאינו סילוק גמור ויש לו אפשרות חזרה.

ולכאורה מדברי הר"ן (הובא בסמ"ע ו"ך ריש סי' ר') שחילק בקניין ד' אמות בין קדם הכלי לקדם האדם, שבקדם הכלי אינו קונה לפי שהמקנה קנה מקום הד' אמות, ובמציאה אין חילוק כפי שכתב הש"ך שם, [ע"פ הסוגיא בב"מ בראה את המציאה ונפל עליה שמבואר בגמרא שאילולא סברא שבנפילה ניחא ליה דליקני בד"א לא ניחא ליה דליקני היה קונה בד' אמות אף שקדם החפץ לאדם, ואם במציאה הוא חשוב ממש ברשותו הרי אף במציאה קונה המאבד את מקום החפץ וא"א שיקנה בד' אמות] הרי מוכח שבמציאה יוצא מרשותו, שאל"כ אף במציאה יקנה המקום.

ויש לדחות שאף שהוא ממש ברשותו שאני מציאה ממכירה, שבמכירה בזמן שנכנס לד"א הוא בבעלותו בצורה מוחלטת, משא"כ במציאה הרי יש היתר זכיה.

11 עי' נתי"מ סי' ר"ב שכתב שייאוש חשיב דעת אחרת מקנה ואינו דומה להפקר [לדעת רוב הראשונים, דלא כרש"י ב"מ י"ב שהפקר חשיב ג"כ דעת אחרת מקנה, ועי' ש"ך סימן רס"ח]. ולכאורה אויל לשיטתו בס"י רס"ב שייאוש עד שבא לרשות זוכה יכול לחזור בו. [ועדיין יל"ע האם אפשר לדמות ייאוש דגולה לייאוש דאבידה].

ביאר במרחשת דהיינו טעמא משום שחצר מדעתו איתרבאי משום יד, ויד מהני אף בחב לאחרים כפי שכתב הר"ן במגביה מציאה לחברו, משא"כ בחצר שלא מדעתו הוי מטעם שליחות ולא מהני בחב לאחרני, ויאווש חשיב חב לאחרני כנראה מכיוון שיכול לחזור בו, משא"כ הפקר.

סברא נוספת שמעתי בשם הגאון ר' נתן גשטטנר זצ"ל בעל 'להורות נתן' שאמר, דייאווש לא חשיב שיצא מרשותו, וחצר שלא מדעתו לא מועיל אלא להכניס לרשות הזוכה ולא להוציא מרשות הלה.

ובבית הלוי כתב סברא נוספת, שחצר שלא מדעתו דנים אילו הוי ידע היה ברצונו לקנות, וביאווש דנים ג"כ אילו הוי ידע לא מתייאווש, ולכך אין החצר קונה החפץ שלא מדעתו. ומחודש.

והנה מדברי הרא"ש בשלל של אמוריים מוכח דהשתא חשיב המטמון כזוטו של ים, וזוש"י לכאורה נקנה בקניין חצר שלא מדעתו, דהוי כהפקר שיצא מרשותו ואין יכול לחזור בו, ולא שייך הסברות הנ"ל שייאווש לא קונה. ומוכח שדעת הנתיחה"מ שבזוטו של ים ג"כ יכול לחזור בו כמו בייאווש. זולת אם נאמר שחולק על הב"ח וסובר ששלל של אמוריים אינו זוש"י. (ועי' עוד נתיחה"מ סי' רל"ב ורצ"א).

ויש לדחות, שאין דין חמרא דר"ס כזוטו של ים אלא כהפקר גמור, שהרי הנתיחה"מ דימהו לשור הנסקל שהוזמו עדיו וכתב קצוה"ח עלה (סי' רנ"ט א') שדינו כהפקר, ומאידך מלשונו דאבודה ממנו ומכל אדם נראה שסבר דדינו כזוש"י, וסבר שאף שור הנסקל דינו כזוש"י [ועי' קצוה"ח רנ"ט מש"כ בעניין שור הנסקל].

והנה בנתיחה"מ (ריש סימן ר"ס) כתב בדעת רבנו ברוך שהובאה בסמ"ע, דהנה נתקשו הראשונים גבי מצא בגל מאי טעמא לא קנה בעל הגל בקניין חצר. ותי' רבינו ברוך דלא אמרינן שחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אלא בהפקר, אבל באבידה לא אמרינן הכי הואיל ואילו ידע המאבד שחפצו נמצא בחצר זו לא היה מתייאווש, תו לא קניא החצר לבעל החצר שלא מדעתו. והקשה הנתיחה"מ דהא מדברי הראשונים שלא תירצו תירוצין זה משמע דלא ס"ל מסברת רבינו ברוך, ועוד שהרי ההיתר ליטלו הוא משום שתולים באמוריים, ונכסי עכו"ם דינם כהפקר ולא מיירי כאן בייאווש¹². וכתב שאפשר שכוונת רבינו ברוך ע"פ דברי הרא"ש דבמצא בגל איירי בשלל של אמוריים שזכו בהם כל ישראל, ואינו כנכסי עכו"ם, ולפי זה הוא דווקא בארץ ולא בחו"ל.

והנה בסברת רבינו ברוך שהובא במרדכי דאין חצר קונה שלא מדעתו בייאווש,

12 מה שפשוט לנתיחה"מ שנכסי עכו"ם הוא הפקר, יש להעיר שאפשר שאינו אלא היתר שהתירה התורה לזכות בהם ולא הוי הפקר.

ובאמת בתרומת הכרי הוציא מכוח קושיית הנתיחה"מ מחמרא דר"ס שאף שיכול לחזור בו צריך זכיה מחודשת, הרי שהבין שדין זוש"י ודין ייאוש שווים לעניין חזרה כשהתבטל המצב שהביאם לכך¹³.

הוכחה לכך שדין הייאוש והזוש"י שווה לעניין חזרה יש להוכיח ע"פ קו' ר' ברוך בער (ס' ל"ח) בדברי הגמרא (דף כ"ב ע"ב) ת"ש וכן תעשה וגו' לכל אבדת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה וגו' ואיסורא דומיא דהתירא, מה התירא בין דאית ביה סימן בין דלית ביה סימן שרי, אף איסורא בין דאית ביה סימן בין דלית ביה סימן אסירי. וביארו התוספות שהוכחת הגמרא היא שההיתר בזוש"י ע"כ לא איירי בידע, דאם כן תיפוק ליה מצד ייאוש, אלא לא איצטריך אלא כי לא ידע ואע"ג שאם היה יודע לא היה מתייאש. הכי נמי איירי בלא ידע והיינו בייאוש שלא מדעת, ואע"ג דלכי ידע מתייאש לא הוי ייאוש. ואם יש חילוק

ביניהם לעניין חזרה שפיר איצטריך קרא בזוש"י שאין יכול לחזור בו ולא דמי לייאוש, ולכאורה מוכח מיניה שדין שניהם שווה¹⁴.

אמנם הר"כ הגאון ר' יעקב בריזל שליט"א דחה שכל החילוקים בין הייאוש לזוש"י הם משורש אחד, ואם יש חילוק אחד ביניהם כל החילוקים מוכרחים, ואם לא היה חילוק בין ידע ללא ידע אף אין חילוק לעניין חזרה.

ראיה נוספת שלא מועיל חזרה בזוש"י יש להוכיח ממעשה דידו, שדינו הרי אלו שלו אע"ג שהעוף השליכו וכבר כלה המצב של זוש"י.

ז. ייאוש וזוטו של ים ברשות

בעניין ייאוש ברשותו של אדם, כתב הרמב"ן במלחמות [גבי באיסורא אתי לידיה] שמכיוון שיד שומר כיד בעלים

13 מציאה נפלאה מצאתי בנידו"ז במרחשת חלק א קונטרס בעניין ייאוש, וזה לשונו: "והנה בשבת (ק"כ א) אם היו פקחין יעשו עמו חשבון אחר השבת. ופריך חשבון מאי עבידתיה, מהפקירא קא זכו, ופירש"י דהא הצילו לכם קאמר להו, לצרכיהם. והר"ן שם כתב דא"צ לכ"ז, דאפי' לא אמר להו כן מ"מ הוי הפקר לכול, כיון דאינו רשאי להציל הרי זה כמציל מזוטו ש"י ושלוליתו ש"נ. ולעיל מיניה הביא הר"ן שם בשם הר"י מטראני דהנך אחרים יכולין להציל אפי' כמה, דדוקא לבה"ב הוא דחיישינן דילמא אתי לכבוויי אבל באחרים ליכא למיחש, שהרי הדליקה גורמת להם שיהיו יכולים לזכות מן הפקר, דאילו כבתה הוי הכל לבעה"ב עכ"ל. ולפמשי"כ הר"ן דזה הוי הפקר שחשוב כמו זוטו ש"י, א"כ איך כתב דאם כבתה הוי הכל לבעה"ב, דלמשי"כ לעיל באבודה ממנו ומכל אדם הוי הפקר ממש ויוצא מרשות בעלים מיד, וא"כ אם כבתה עדיין של הפקר הן וכל הרוצה לזכות יבוא ויזכה, ושפיר איכא למיחש דילמא אתי לכבוויי. ומוכח לכאורה מדברי הר"ן אלו דגם באבודה ממנו ומכל אדם ג"כ לא יצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות וזכה, וע"כ בשכבתה שנסתלק הייאוש שוב נעשה הכל של בעה"ב ואין אחרים יכולים לזכות בו עוד". עכ"ל.

14 אמנם עדיין שייך שאר החילוקים, ועיין.

שסברת ייאוש ברשות דלא הוי ייאוש הוא דווקא כשהחפץ בשליטתו, משא"כ כשיש כמה אנשים הדריס עמו, או ביהכ"נ דחצר השותפין הוא וכדו' לא חשיב ייאוש ברשות. ולדבריו אף התוספות מצו סברי שאין מועיל ייאוש ברשות¹⁶.

והנה לעניין זוטו של ים האם מועיל ברשותו, לכאורה ברא"ש הנ"ל [להבנת הב"ח שהגל הוא מצב של זוש"י וכלשון הרא"ש שאבוד ממנו ומכל אדם] מבואר שאין בעל החצר קונה משום דבאיסורא אתי לדידה. הרי שבלא"ה היה קונה הגם שהוא זוש"י, הרי שאין דין זוש"י ברשותו של אדם. ויש לדחות, שכלפי בעל החצר אינו מצב של זוש"י, שהרי אינו אבוד ממנו אלא מן שאר כל ישראל שהיה שייך להם השלל.

וברמב"ם פרק ט"ז מגזלה ואבידה הלכה ח' כתב וז"ל: "והואיל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו שיתבאר, למה לא יקנה בעל החצר זה המטמון שבתוך הכותל הישן אף על פי שהוא של אמוריים, ותהיה מציאה זו לבעל החצר. מפני שאינה

לא מועיל ייאוש. ומבואר בדבריו שאין מועיל ייאוש ברשות בעלים, וכן נקט בדבריו הנתיח"מ (סי' רנ"ט ס"ק א').

אמנם בקצוה"ח (רנ"ט א') חולק וסובר שאף לרמב"ן מועיל ייאוש ברשות, ואין כוונת הרמב"ן בידו כיד הבעלים שלא מועיל ייאוש ברשות, אלא הוא דין בשומר שידו כיד הבעלים והשומר ג"כ צריך להסכים לייאוש. וצ"ב גדר הדברים¹⁵.

והנה כתבו התוספות (דף כ"ו ע"א) שבעה"ב אינו מתיימש בעשאו פונדק לג' בני אדם כיון שאין נכרים דרים עמו, ונתקשה הנתיח"מ דמוכח מדבריהם שכשמתיימש להדיא מועיל אע"ג שהוא ברשותו.

והקצוה"ח (שם) נתקשה מביהכ"נ שהמוצא מעות בהם הרי אלו שלו, וס"ד בש"ס דמשום ייאוש הוא, ואע"ג דחצר השותפין הוא כדאמרינן (גדרים דף מ"ו ע"א) 'והרי ביהכ"נ דכחצר שאין בה דין חלוקה דמיא'. מוכח מזה שמועיל ייאוש ברשות. עיי"ש שהביא עוד כמה הוכחות שמועיל ייאוש ברשות. ודחה הנתיח"מ ראיותיו,

15 ובגדר ייאוש ברשות שאינו מועיל נחלקו הקצוה"ח והנתיח"מ סי' רנ"ט א', האם הוא דין שלא מועיל ייאוש כל זמן שהוא ברשותו, או שהוא סברא דלא שייך להתיימש מדבר שתחת שליטתו. [ע"י קצוה"ח שנתקשה מדמצינו בכמה דוכתין שמועיל ייאוש ברשות, והנתיח"מ לשיטתו יישב קושיותיו].
16 ובה תלוי ג"כ ביאור דברי התוספות שכתבו גבי כותל חדש דמחציו ולחוץ שלו, דאיירי בשתיק שמתיימש, משא"כ מחציו ולפנים שאדם שוכח חפציו בביתו ימים רבים. ומדהוצרכו התוספות לכך ולא ביארו משום דייאוש ברשות לא מהני, נראה דסברו שמועיל ייאוש ברשות וכדעת הקצוה"ח. ולנתיח"מ צ"ל דלרווחא דמילתא כתבו כן, שבאו לומר שאף אם יהיו כמה בנ"א בבית דלא חשיב ברשות לדעת הנתיח"מ, מ"מ הואיל ואדם שוכח חפציו בביתו ימים רבים לא נתיימש.

ידועה לו ולא לאחרים, והרי זה המטמון אבוד ממנו ומכל אדם ולפיכך הוא של מוצאו. ומה אבידה של אדם אמרה תורה אשר תאבד ממנו ומצאתה - מי שאבדה ממנו ומצויה אצל כל אדם, יצאת זו שנפלה לים שאבדה ממנו ומכל אדם, קל וחומר למטמון קדמוני שלא היה שלו מעולם והוא אבוד ממנו ומכל אדם, לפיכך הוא של מוצאו. עכ"ל. ובהשגות הראב"ד כתב, "ומה אבידה של אדם אמרה תורה כו'. א"א זהו קל וחומר שיש עליו תשובה, אבידה שבים למי תזכה הים, אבל אבידה שבגל הגל תזכה לבעליו, וכן כותל ישן. אבל הטעם בכאן לפי שאינה חצר המשתמרת, וצריך שיהא בעליו בצדו ויאמר זכתה לי חצרי" ע"כ. המבואר מדברי הראב"ד שחצר קונה במצב של זוטו של ים, וכ"ש שזוש"י לא תוציא מרשותו. משא"כ לרמב"ם זוש"י מעכבת הקניין חצר, ולכאורה ה"ה בהייתה שלו וברשותו מוציא הזוטו של ים מרשותו¹⁷.

קונה רק בצירוף שינוי רשות או באבידה, משא"כ בכך נח ומכל שכן גוי באבדת יהודי שאינו קונה בייאוש, רק אחר הפקר גמור בפירוש קונה¹⁸. ובהצלה מזוטו של ים [ה] גם שהו"ל כהפקר ממש, מ"מ יש לומר בדיניהם דיינין להו וע"ז אינו קונה כלל, משא"כ יהודי קונה אחר ייאוש, ודינא דמלכותא דינא כוחו רק כפי השג היד במפורסמים, משא"כ כשיש השמטה היטב". עכ"ל.

הרי מבואר בדבריו שדווקא משום שבדיניהם דיינין להו אינו קונה, וזולת זה שפיר קונה, משום שחלוק דין ייאוש מדין זוטו של ים, וזוטו של ים חשיב כהפקר שאינו חידוש בישראל גרידא, אלא שייך גם בסברא שבדיניהם דיינין להו.

וכן לדעת הנתי"מ, הרי הנתי"מ גופיה חילק בין ייאוש לזוש"י לעניין אפשרות חזרה, ומסתבר שהוא הדין והוא הטעם לעניין קניית גוי.

ט. ייאוש וזוש"י בקרקע

במרחשת חלק א' בקונטרס בעניין ייאוש כתב, שבקרקע פשוט שלא מועיל ייאוש, משא"כ זוש"י מועיל אף בקרקע. וביאר דבריו שייאוש נלמד מקרא דשמלה ובעינן דומיא דשמלה שהוא מיטלטל, משא"כ זוש"י נלמד מקרא דאשר

ח. קנה גוי את האבידה לאחר ייאוש

הישראל או לאחר זוטו של ים

בכסף הקדשים (סימן רס"ב) כתב, ואעתיק לשונו: "ייאוש באבידה יש לומר דלא שייך בכך נח ורק בין עם בני ישראל חידוש הלכה כן, כי ייאוש אינו הפקר ואינו

17 ע"י שיעורי ר' דוד ב"מ קס"ו שדן בבואור דברי הרמב"ם, האם אינו קונה כלל בחצר במצב של זוש"י, או שקונה אלא הזוש"י מוצאו מרשותו.

18 וכן כתב הנתיבות (ס"ק"ה סק"ב) דייאוש לא הוי היתר לנכרי.

תאבד ממנו ומצאתה דבעינן אבודה ממנו ומכל אדם, ומקרא דלכל אבדת אחיך מרבינן אבדת קרקע, הרי ששייך זוש"י אף בקרקע. [עיי"ש שהוציא כן מדברי התוספות סוכה ל' ב' ד"ה וקרקע] וכ"ה בפרי יצחק (ח"ב ס"ה) ס"ה¹⁹.



מדאתאן להכא נראה לומר, כי הנה חילוקים א' וב' הם ודאי חילוקים טכניים, שזוטו של ים שהחפץ יותר אבוד מועיל אף ביש בו סימן ואף בעומד וצוות, משא"כ החילוקים הנוספים נראה שהם מגדירים את החילוק בין ייאוש לזוטו של ים. דהיינו, לא מיבעי לדעת הסוברים שזוטו של ים הוא פרשה חדשה דרחמנא שרייה ואינו שייך לפרשת ייאוש, [וכנ"ל בדעת הרא"ש לעניין עומד וצוות], אלא אף לדעת הרמב"ם והריטב"א שזוטו של ים הוא מטעם ייאוש אלא שהוא ייאוש וְדָאֵי יותר כלשון הרמב"ם שוודאי נתיאשו בעליו, מ"מ חלוקים ב' תורות הייאוש זה מזה [והיינו אם נימא שבזוש"י מהני אף שלא מדעתו].

ביאור הדברים אפשר לומר בכמה נוסחאות והגדרות, החילוק היסודי הוא שייאוש מגיע מכוח מצב באדם, ואף שקבעו

חז"ל גדרים אימתי מתיאוש כגון בדבר שאין בו סימן וכדו', הוא לברר האומדנא בדעת בנ"א אימתי מתיאוש [ואף אם בעומד וצוות מועיל ייאוש היינו משום שבאמת בתוך ליבו מתיאוש והצוותה היא לגודל הייאוש]²⁰. משא"כ זוש"י הוא מצב שנוצר מציאות בטבע הבריאה, וקבעה התורה שבמצב כזה החפץ מופקע ועומד מבעליו ואינו שייך להחלטת הבעלים.

וביותר אפשר לבאר החילוק שביניהם, שייאוש בא מכוח אדם, משא"כ זוש"י מגדיר גם את החילוק בין המצב ששניהם מייצרים. שייאוש שבא מכוח האדם לא מייצר דין בחפץ אלא האדם הוא המתיר זכיית החפץ לאחרים, משא"כ בזוש"י שאינו בא מכוח אדם ודאי מייצר דין בחפץ.

ובתוספת נופך אפשר, שייאוש אינו חלות מסוימת כמבואר בארוכה בספרי האחרונים [שהרי חלות לא שייך לדון בשלא מדעת], אלא הוא מצב מסוים שקבעה התורה דינים מכוח המצב, משא"כ בזוש"י נוצר חלות בחפץ. ואף שאינו פרשה של הפקר, הוא פרשה חדשה וסוג חדש של הוצאת ממון מרשות בעלים, והוא חלות זוטו של ים.

העולה לדינא מכוח החילוק ביניהם, שבייאוש הבא מכוח האדם סוברים

19 ע' גידולי שמואל ב"מ כא.

20 והיינו אם לא נימא כדעת החזו"א (הנ"ל) שייאוש כהפקר ונוצר חלות, אלא שהוא חלות הנובעת מכוח מצב.

לו עדיפות על פני כל אדם כשחזור בו ועושה מעשה זכיה.

ובתוספת ביאור י"ל ועפ"ז יבואר אף אם נימא בדעת הנתייה"מ שאף בזוש"י יכול לחזור בו, שגדר ייאוש וזוש"י שווים, ויבואר ג"כ שאינו בבעלותו לעניין חמץ וכדו', והיינו שאף בייאוש המצב שנוצר בחפץ הוא שיש לו בעלות ככל אדם, ועדיין יש לו עדיפות לחזור כשיש סיבה לחזרתו - כיון שאין בעלותו נפקעת, אלא הוא מצב שבשעת המצב מחליש את בעלותו שנהיה הבעלים ככל אדם, ולאחר המצב נשאר לו הבעלות כבתחילה. ועניין זה שידו ויד כל אדם שווים בו הוא כעין שאמרו בזוש"י ולכך אף בזוש"י יכול לחזור בו, ואף שחלוקים באיך נוצר המצב והאם בא מכוח אדם, בשניהם נוצר המצב ונהיה סוג בעלות חדשה על החפץ, ולפי"ז אין הכרח אף לשאר החלוקים שבין ייאוש לזוש"י.

ואף לגדר זה שבייאוש ג"כ נוצר מצב שידו ויד כל אדם שווים בו אפשר לחלק בין ב' המצבים, שבזוש"י לא יועיל חזרה ובייאוש יועיל, שבייאוש מה שיש לו בעלות ככל אדם היינו שנשאר בבעלותו אלא שאף לכל אדם יש בו בעלות וכנ"ל, ולכך יכול לחזור בו, משא"כ בזוש"י הוא וכל אדם שווים בו היינו שנפקע מכולם ולאף אחד אין בעלות על החפץ.

הקצוה"ח והנתיבות שאפשר לחזור בו, כיון שהמצב נהיה מכוח השלמתו והוא נותן ההיתר זכיה וממילא יכול לחזור בו, משא"כ בזוטו של ים [להבנה הפשוטה בנתיבות שא"א לחזור בו היינו משום] שאינו שייך לאדם, ובפרט אם המצב נקבע בחפץ ובפרט אם הוא חלות לא שייך לחזור בו.

הבנה מזווית שונה [יותר מציאותית ופחות 'דינית'] בעניין החילוק ביניהם לעניין חזרה ראיתי בספר טבעת חושן (להגרח"פ שיינברג זצ"ל), שלעניין ייאוש באבידה לא חשיב החפץ אבוד ממנו לגמרי כל זמן שלא בא לידי אחר, שבעלות אחר סותרת את בעלותו, וכל זמן שלא הגיע ליד אחרים עדיין חשיב ברשותו ויכול לחזור בו. משא"כ בזוש"י הוא אבוד במהותו, ואף מקודם שבא לידי אחר אין יכול לחזור בו.

ואפשר להוסיף דאף אם חשיב אבידה שנאבדה ממנו אפי' מקודם שבא לידי זוכה, מ"מ הוא הבעלים הקרובים ביותר אל החפץ ושייך חזרה, משא"כ בזוש"י נפקע הבעלות לגמרי.

והנה כל הנ"ל הוא רק לדעת הנתיבות שחלוק ייאוש מזוש"י לעניין חזרה, אך לדעת התרומת הכרי שסובר שאף בזוש"י יכול לחזור בו אפשר דהיינו לשיטתו, שהחזרה היא עם מעשה זכיה בחזרה, ואין הביאור שנשאר ברשותו ובבעלותו אלא יש

ענף ב

זוטו של ים באופן שממנו הוא אבוד בצורה מוחלטת אך לא מכל אדם

כשבאים אנו לדון על זוטו של ים כשאבודה ממנו בצורה מוחלטת ואינה אבודה מכל אדם האם בכה"ג חשיב זוש"י, יש מקום לומר שלא יחשב זוש"י. ואף שאבוד ממנו באופן מוחלט, מ"מ לפי הגדר הנ"ל שזוש"י הוא מצב שהגיע מכוח טבע העולם, בכה"ג המצב לא הגיע מצד הטבע. אם לא נדחה שכה"ג חשיב ג"כ מצב בחפץ [ולא באדם] **כלפיו**, שהחפץ מתנתק ממנו מכיוון שאין אפשרות שהחפץ יגיע אליו, וא"צ שהמצב יגיע מבחוץ אלא שיהיה מצב שלא יהיה שייך להחלטתו והחפץ יתנתק ממנו לגמרי, ולא יהיה לו אפשרות לשוב אליו.

סברא נוספת לחלק בין אבודה ממנו בצורה מוחלטת ולא מכל אדם לאבודה ממנו ומכל אדם הוא ע"פ מה שביאר בנחלת משה עניין זוש"י, ודימהו למצב של איסורי הנאה, שמכיוון שאין לאחד תועלת והנאה מהחפץ נפקע החפץ מבעלות כולם²¹. שהמושג בעלות הוא על דבר ששייך להשתמש בו וליהנות ממנו, והוא הדין והטעם לזוש"י שמכיוון שאבוד מכולם ואינו בשליטת אחד נפקע החפץ מכולם. ולפי גדר זה לא שייך המצב של אבודה ממנו ומכל אדם אלא באופן שהחפץ אבוד מכולם, אבל באופן שאבוד ממנו לגמרי ואינו אבוד מכל אדם לא שייך לדמותו לאיסורי הנאה, שהרי אינו מופקע מכל אדם כאיסורו"ג.

ולכאורה מצינו התייחסות בראשונים למצב כזה בכמה מקומות: א. בעניין מקום שרבים מצויים שם. ב. בעניין תרנגולת שמרדה. ג. בעניין אנס קרקע.

סימן, אבל אינו סברא של זוש"י, וצריך את גדרי ייאוש דהיינו דווקא בידע וכו', ואין דינו כזוש"י שמועיל אף בעומד וצווח ואף בלא ידיעה.

ואפשר להעלות צד שמועיל מדין זוש"י, שזוש"י אינו דווקא באבוד ממנו

מקום שרבים מצויים שם

בנידון דידן (במעשה הרכבת) היה האבידה במקום שרבים מצויים שם, וכמבואר בברייתא (דף כ"ד) שהרי אלו שלו, ומחלוקת רשב"א ורבנן האם דווקא ברוב גויים או אף ברוב ישראל, ועל פניו המקום שרבים מצויים שם הוא גורם לייאוש אף ביש בו

21 כ"כ רש"י פסחים ו' ב' שאיסורי הנאה חשובים אינם שלו, וכ"כ הרשב"א בתשובה (ח"א תקמ"ו).

מצויים שם אף אם צווח אינו גילוי דעת שלא נתייאש - אלא ודאי בליבו נתייאש, אלא הוא כצווח על ביתו שנפל וספינתו שטבעה בים שאין הצווחה מוכיחה שלא נתייאש אלא להיפך הצווחה נובעת מייאוש²². ולפי דבריו מקום שרבים מצויים שם אינו מדין זוש"י, אלא שאין מועיל בו צווחה. וכתב שמדברי הרא"ש מבואר להדיא שלא כדבריו, כי הרא"ש כתב לחלק בין זוש"י למקום שרבים מצויים שם לעניין צווחה²³.

ובדרישה כתב ליישב שמקום שרבים מצויים שם בשעת מעשה מועיל צווחה, וזוהי כוונת הרא"ש לחלק בין זוש"י למקום שרבים מצויים שם לעניין עומד וצווח; שבסרטיא ופלטאי ומקום שרבים מצויים שם צריך לטעמא דמתייאשים הבעלים בכדי לאפוקי אם לא נודע לבעלים האבידה בשעת מעשה, משא"כ בזוש"י אפילו אם עמדו וצווחו נעשה כצווח על ביתו שנפל. אלא שבע"ב בשוקא דגלדאי לא איירי בצווח בשעת מעשה אלא שצווח לאחמ"כ, ואין לו נאמנות לומר שמתחילה לא נתייאש.

ומדברי הדרישה מבואר ג"כ חילוק בין זוש"י למקום שרבים מצויים שם,

ומכל אדם, אלא אף באבוד ממנו בצורה מוחלטת ולא מכל אדם, ומקום שרבים מצויים שם הוא אבוד ממנו בצורה מוחלטת.

והנה לכאורה מצינו שנחלקו הראשונים בדין זה דמקום שרבים מצויים שם האם דינו כזוש"י, הרא"ש (סי' ו') כתב דהאי טעמא "מפני שהבעלים מתייאשים מהם" הכתוב בברייתא דמציל מארי ומדב ומברדלס ונחש וכו' לא קאי על כל הברייתא, אלא על סרטיא ופלטאי ועל מקום שרבים מצויים שם, ולא על זוטו של ים ושלוליתו של נהר, דההיא לאו מטעם ייאוש הוא אלא רחמנא שרייה. מבואר מדבריו שמקום שרבים מצויים שם אינו שייך לפרשה של זוש"י.

אלא שהקשו האחרונים (דרישה ופלפולא חריפתא) שהרא"ש סתר את דבריו במקו"א, שבע"ב במוצא בשוקא דגלדאי מבואר בגמרא שהרי אלו שלו, ואפילו בעומד וצווח נעשה כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים, הרי שמקום שרבים מצויים שם הוי כזוטו של ים שלא מועיל עומד וצווח.

ובפלפולא חריפתא כתב ליישב כוונת הגמרא בע"ב, שבמקום שרבים

22 ודייק כן ממש"כ הרמב"ם פ"ו ופי"א מה' גזלה ואבידה עיי"ש.

23 עיי"ש שבדברי הטור נשאר מסופק, שבתחילה רוצה לומר שמה שכתב ואפילו עומד וצווח היינו שהצווחה אינה מוכיחה שלא נתייאש אלא להיפך צווח מייאוש, ולא יועיל עומד וצווח אף במקום שרבים מצויים שם, ודחה שלא מסתבר שחולק הטור עם אביו הרא"ש שחילק להדיא בין רבים מצויים לזוש"י לעניין צווחה.

דגלדאי, א"ל בא ישראל ונתן בה סימן מהו, א"ל חייב להחזיר לפמ"ש. ועוד איתא התם מעשה דרבא הוי שקיל ואזיל בתריה דרב נחמן וכו' א"ל נעשה כצווח על ביתו שנפל, וכן במעשה דדיו לא א"ל חייב לפמ"ש. ולכאור' תיקשי מ"ש האי מהאי. וי"ל דבהכי נחלקו והיינו בהקדם ב' הנחות, א. שבזוש"י אין חייב להחזיר לפמ"ש, [ודלא כדברי הדרכי משה המובא לעיל בענף א'] ב. שאין חילוק בין עני לעשיר (דלא כהמרדכי). ונחלקו ב' המימרות האם דין מקום שרבים מצויים שם כזוש"י ואין חייב להחזיר לפמ"ש, או דינו כסתם ייאוש שיש חייב להחזיר לפמ"ש. ודוק.

ולעיל נתבאר אפשרות שנחלקו המחבר והרמ"א בדין מקום שרבים מצויים שם האם דינו כזוש"י, [דלא כתרומת הכרי שנחלקו האם יש בזוש"י חייב להחזיר רק לפמ"ש], נמצא שבדין מקום שרבים מצויים שם האם דינו כזוש"י נחלקו בגמרא בראשונים ובפוסקים. ולכאורה היה נראה לומר שנחלקו האם שייך מצב של זוש"י באבוד ממנו לגמרי ולא מכל אדם. ויש לדחות שנחלקו האם שייך זוש"י באופן שאין מצב בטבע הגורם האבדה בחפץ, כמו"כ אפשר ללמוד דלכו"ע א"צ שיהיה מצב בטבע, אלא נחלקו האם המצב של רבים מצויים שם עושהו לאבוד בצורה מוחלטת כ"כ עד דהוי כזוש"י, או לא נחשב לאבוד כ"כ.

אלא שנחלק עם הפלפולא חריפתא האם יהיה נפק"מ גם לעניין ידע או דווקא לעניין צווחה.

ולעומת זאת הריטב"א חולק על הרא"ש, וכתב שאכולה ברייתא קאי האי טעמא "מפני שהבעלים מתייאשים מהם", דזוטו של ים נמי מטעם ייאוש הוא דהא הירושלמי למד משם דין ייאוש באבדה. אלא שאף אם עומד וצווח אינו מועיל, דשקורי קא משקר או בטלה דעתו אצל כל אדם. ולפי דבריו יש להוכיח מע"ב ממעשה דשוקא דגלדאי שמקום שרבים מצויים שם דלא מועיל עומד וצווח שדינו כזוש"י, והיינו ששייך ג"כ הסברות הנ"ל דשקורי משקר או בטלה דעתו.

בתרומת הכרי (רנ"ט ז') כתב שדין זוש"י ודין מקום שרבים מצויים שם חלוקים ביסודם, והוכיח כן מהגמרא בדף כ"א ע"ב שהביאו מברייתא דמוצא מעות בבתי כנסיות ובתי מדרשות הרי אלו שלו. והק' בגמ' והא לא ידע דנפל מיניה ומשני כדר' יצחק, הרי שדין מקום שרבים מצויים אינו כזוש"י, שהרי בזוש"י לא בעינן ידיעה וכדלהלן.

והיה מקום לומר [לולא דברי המרדכי הנזכר לעיל בענף א'] שבזה נחלקו רב יהודה ורבא, דהנה איתא בגמ' מעשה דרב יהודה הוי שקיל בתריה דמר שמואל בשוקא

תרנגולת שמרדה

אופן נוסף שמצינו באבוד ממנו ולא מכל אדם הוא תרנגולת שמרדה מרשות הגזבר, דמבואר בגמרא חולין (דף קל"ט ע"א) דפקעה קדושתה. ונתקשה הרשב"א וז"ל, "וא"ת וקדושה שבהן להיכן הלכה. יש לומר הקדש דמים אינו כקניין הגוף אלא כשעבוד ממון, וכיון שנתייאש הגזבר מחמת שמרדו הוי ליה כהפקר, ופקע ליה שעבוד ממון שיש לגבוה עליו, דאי נמי בקניין הגוף דעלמא כהאי גוונא הפסידו הבעלים, וכדאמרי' (ב"ק קט"ז ב') לעניין שיירה שעמד עליה גייס דכל היכא דאין הבעלים יכולים ליטול יכול למימרא מהפקרא קא זכינא, דאלמא הפקר הוא ויצא מרשות בעלים, וזו היא דאיצטריך קרא "וכו' עכ"ל הנוגע לעניינינו.

והוכיחו ראשי הישיבות מדבריו (בשיעורי ר' שמואל ריש אלו מציאות ועוד) מזה שדימוהו לשיירה שעמד עליה גייס, שאינו ייאוש בעלמא אלא הוא דין זוטו של ים, וכלשון הגמרא שם שמהפקירא קזכינא. והכי נמי תרנגולת שמרדה אינו דין ייאוש גרידא, שאין הגזבר בעלים על ההקדש להתייאש ממנו, אלא הוא דין זוש"י. וכן יש להוכיח מדרכי משה בסוף סימן רנ"ט שהביא דין תרנגולת שמרדה בסעי' העוסק בדיני זוטו של ים, הרי שהבין שהוא מדין זוש"י ולא מדין ייאוש. והנה תרנגולת שמרדה אינה אבודה מכל אדם ואעפ"כ

חשיב זוש"י, ומוכח מדבריהם ששייך זוש"י במצב שאבוד ממנו אף שאינו אבוד מכל אדם. אמנם יש לציין כי בתוספות שם פירשוהו מדין הפקר.

דברי התוס' באנס קרקע ודברי נתי"מ
בשיירא שעמד עליה גייס

בתוס' במס' סוכה (ל' ב' ד"ה וקרקע) כתבו בשם הירושלמי, דאף דאין ייאוש בקרקע, מ"מ היכא דנשתקע שם הבעלים אפילו עומד וצווח שאינו מתייאש יצאה מרשותו, דהוה כעומד וצווח על ספינתו שטבעה בים. ולכאורה מה השייכות של אנס לאבודה ממנו ומכל אדם, והרי באנס אינה אבודה אלא ממנו, וביאר בשו"ת חלקת יעקב (הערות לחושן משפט סימן יז הערה ד) שהתוספות סבירא להו דהכי דרשינן: יצאת זו שאבודה מכל אדם מלהחזירה לו, שאין מציאות לשום אדם להחזירה לו, ולא איכפת לן בזה אי אבודה לכל העולם ממש או לא. וממילא גם בקרקע שנשתקע שם הבעלים ממנו, אף שהקרקע הרי נמצא בעולם לעיני כל אדם, מ"מ כיון שלא יוחזר לבעלים מחמת שנשתקע שמו חל עליו שם אבודה ממנו ומכל אדם ודינו כזוש"י.

והנה הנתי"מ (קפא, א), כתב על הגמ' (ב"ק קטז, ב) "שיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד גייס וטרפה ועמד אחד מהן והציל וכו' ואמר אני אציל לעצמי הציל לעצמו", שהטעם שהמציל יכול לקחת

מים, והוצרך העובד כוכבים לשברה ולהוציא ממון שבתוכה, ושאר הממון שבספינה לא יכול להציל הכל כי היה חשך ואישון לילה ואפילה. והעובדי כוכבים נתאספו לשם וחספו מן הממון ושאר נכסים והוליכו לביתם. למחרת נתנו שוחדים למושלים ולשופטים לחקור ולפשפש ביד האנשים הנחשדים שנתקבצו שם, וגם הקהילות גזרו חרם על כל מי שבא לידו מנכסי ספינה שנאבדה שיחזיר לבעלים ובתוך ל' יום, שהיה ראובן מחזר על אבדתו. מכר עובד כוכבים אחד מן הממון ומן הנכסים הנאבדים בספינה לשמעון ואינו רוצה להחזיר לראובן, ואומר שכבר זכיתי בה, שאבידה ששטפה נהר מותרת. והשיב, כך דעתי נוטה שאין בדברי שמעון ממש, כי מה שטוען אבידת נהר מותרת אינה טענה - שהרי לא הציל הוא מן הנהר אלא העובד כוכבים הצילה, ומושלי העיר כבר צוו להחזיר ודינא דמלכותא דינא, ובדיני עובד כוכבים המציל מן הנהר נוטל שכר טורחו כשמודה בה ומחזירה לבעליה בחנם, ועובד כוכבים שכופר בה דינו כגנב. ודינו של שמעון זה כלוקח מן הגנב, ועשו בו תקנת השוק וישבע כמה נתן ויטול וכו'. ע"כ יחזיר שמעון את אשר קנה כי מכמה טעמים לא זכה בו, וכן הדין, ושלום. גרשום ברבי יהודה". עכ"ל המדרכי שם. הרי שהגדירו בכלל זוש"י - אי לאו דינא דמלכותא והפקר ב"ד - גם מה שאינו אבוד מכל אדם.

לעצמו הוא בגלל שהחפץ הנשדד דינו כ"אבודה ממנו ומכל אדם". וז"ל הנתיב"מ: "דגייס שאני, דהוי כמציל מן הנהר שהיא אבודה מכל אדם וכהפקר גמור הוא וכו'. ואם אחד אינו כאן לא אמרין דהוי ייאוש שלא מדעת כיון שאינו כאן, דגייס הוי כאבידה ששטפה נהר דמהני ביה אפילו ייאוש שלא מדעת. אבל ביכולין להציל ע"י הדחק שאינה אבודה מכל אדם ודאי לא זכה בחלק של מי שאינו כאן". ומבואר בדבריו, שהגם שהחפץ נמצא אצל הגייסות ואינו אבוד לגמרי מן העולם, יש לו דין אבודה ממנו ומכל אדם מכיון שאין לנגזל שום תקוה שחפצו יחזור אליו, משום שיסוד 'אבודה ממנו ומכל אדם' הוא שלא יהיה למאבד שום תקווה שאבידתו תוחזר אליו וא"כ ה"נ הכא. והא דצריך באבידה שתהא אבודה מכל אדם עפ"י דרך הטבע, כי אם לא תהיה אבודה מכל אדם עדיין יש תקוה למאבד לקבל אבידתו ממי שמצאה, אבל אינו דין שצריך להיות בעצם ומצד הטבע אבודה מכל אדם.

שוב מצאתי במדרכי בשם רבנו גרשום בבא מציעא (רמז רנז) שדן בשאלה כעין הנ"ל, וז"ל: "על עסקי היהודים ההולכים בספינה, וטבעה הספינה וניצולו הנפשות והממון היה בתיבות, עמד יהודי אחד שניצל מן הספינה ושכר עובד כוכבים אחד לעזור לו להציל הממון. והציל העובד כוכבים תיבתו של ראובן, אבל לא היה יכול להוציאה אל היבשה לפי שהייתה מלאה

העולה לדינא לעניין השאלה אודות המכולות ואודות נסגרה דלת הרכבת, האם דינו כזוש"י או כייאוש:

לדעת הרשב"א בתרנגולת שמרדה וכן לשיטת התוס' באנס קרקע, כמו"כ לנתיבות בשיירא - שייך זוש"י באבוד ממנו בצורה מוחלטת אף שאין אבוד מכל אדם, וכן עולה מדברי המרדכי בשם רבנו גרשום. אמנם אפשר שנחלקו בו הראשונים האם מקום שרבים מצויים שם דינו כזוש"י, ועדיין יל"ע בזה.

הרב דוד דישון

סוגיא דספקות באבידה

דין השבת אבידה מורכב משתי חלקים. יש בו צד איסור ומצווה, שחייב להשיבו לחברו, ויש בו גם דין ממוני, שהמוצא מחויב להשיב לבעליו החפץ מדיני בעלות. וכשנתעורר ספק באבידה יש לדון האם אזלינן בה כצד האיסור שבו וספיקו לחומרא - כדין כל ספק דאורייתא דאזלינן בה לחומרא, או שמא אזלינן בתר הצד הממוני שבו ודייננן ביה דין המוציא מחברו עליו הראיה. ובאמת דהא גופא יש לחקור, מי נחשב המוחזק בכל אבידה, האם המוצא הוא המוחזק או שמא המאבד. ומצינו הרבה סברות בזה בגמ' ובראשונים, ובמאמר שלפנינו ננסה לעמוד על שרשם של דברים בעז"ה.



התכוון שהמוצא יכול לזכות בו או שרק פטור מהשבה, ויתבאר בעז"ה לקמן.

והנה המחבר פסק (סי' ר"ס ס"ק ז) כלשון הרמב"ם, והרמ"א שם אינו משיג ואינו מביא את שיטת הרא"ש. וכבר תמהו האחרונים למה לא הביאו, וגם הטור אינו מביא את דברי אביו הרא"ש אלא כתב "מיבעיא אי שרי ליטלן או לא, ולא איפשיטא ואסירי". ולא כתב שאם נטל חייב להכריז כשיטת אביו. ויל"ד במה נחלקו כל הני רבוותא.

האם הוי ספק הינוח

נפתח בשיטת הרא"ש שהוא לכאז' קשה, מה שייך לחייבו להכריז, הרי זה ספק הינוח וכל ספק הינוח לא יטול. ונראה

מה' הראשונים בבעיות דר' ירמיה

בגמ' (ב"מ כא.) בעי' ר' ירמיה, חצי קב בשתי אמות מהו, קב בארבע אמות טעמא מאי משום דנפיש טרחייהו והאי דלא נפיש טרחייהו לא מפקר לה, או דלמא משום דלא חשיבי, וחצי קב בשתי אמות משום דלא חשיבא מפקר להו. קביים בשמונה אמות מהו וגו', תיקו. עכ"ל הגמ'.

ולהלכה נחלקו הראשונים מה הדין, הרא"ש פסק וז"ל: "כיון דלא איפשיטא ספיקא דאורייתא לחומרא, וחייב להכריז". ובהגהות אשר"י שם מביא את שיטת האור זרוע, שיניח עד שיבוא אליהו. והרמב"ם פסק וז"ל: "כל אלו ספק, לפיכך לא יטול ואם נטל לא יכריז". והנה בדעת הרמב"ם לא פי' המפרשים מה כוונתו, האם

הרמב"ן והרשב"א היה צריך להחמיר כאמור. דאינו דומה, שהרי התם שורש הספק אינו על הממון של מי הוא - אלא אם יש מצוה לתת, ובזה שייך לחלוק אם דינו כשאר דיני הממון שאנו דנים בהם אם חייב להוציא ממון, או כיון ששורש הספק הוא איסור [לעניין החיוב לתת] יש לדנו לחומרא כספק איסור [ובאחרונים שם האריכו לבאר פלוגתתם]. אבל בספק אבידה כל המצוה להשיבו הוא משום שהוא ממון של מאבד, ועד כמה שמדיני הממון יכול המוצא לזכות בו מה שייך לצוותו להשיב דבר שיכול לזכות בו.

ויותר מזה, מצינו בר"ן שם שנקט בפשיטות שגם לשיטת הרמב"ן מתנות כהונה דינו לקולא. וביאר האור שמח שמתנות עניים שייך גם בעני, שהוא דין מצוה לתת לעני ולא בגלל שהוא ממון, מה שאן כן מתנות כהונה חיובו הוא משום שהוא ממון של שבט הכהונה ולכן הכהן יכול לקחתו לעצמו. ולכא' הוא הדין הכא, שכל חיובו להשיב הוא משום שהוא ממון של מאבד, ועד כמה שיכול לקחתו לעצמו מצד דיני הממון מה שייך לחייבו להשיבו.

ועוד מצינו שחילקו כעין זה הרבה אחרונים בין ספק צדקה לספק נדר של צדקה, שאם הספק הוא בנדר שהוא חובת הגוף לקיים נדרו חייב אע"פ שהוא ספק, שאפי' שהממון שלו חייב לקיים מצוותו. מה שאין

שהרא"ש לא פסק ליטול לכתחילה, אלא אם עבר ונטל נתחייב להכריז [וכן נראה בהגהות נוב"י אבהע"ז ס']. אם לא שנחדש דהגם דהוי ספק הינוח, כיון שיש לחשוש שייטלוהו אנשים כי יתלו שהמאבד הפקירם, ומשו"ה חייב להכריז.

האם שייך כאן ספיקא דאורייתא לחומרא

עוד יש להקשות על דברי הרא"ש, אמאי אמרינן הכא דכיון דספיקא הוא ספיקא דאורייתא לחומרא וחייב להכריז, מה בכך דספיקא דאורייתא לחומרא, הרי אנו מסופקים אם החפץ הוא הפקר או אבידה שעדיין שייך לבעלים, נמצא שיש לפנינו שתי ספיקות: א' - אם יכול המוצא לזכות בו לעצמו, ב' - אם חייב להשיב. ואם נאמר שבדיני הממון יכול לזכות בו, מה שייך לחייבו להשיב מספק, כיון שמותר למוצא לזכות בו מדינא למה יתחייב להשיב, הא כל המצוה היא להשיב לבעלים מה ששייך להם¹. ולכא' אינו דומה לשאר מצות ממוניות, שנחלקו הראשונים בנדרים דף ז' איך נקטינן להלכה גבי ספק הגמ' אם יש יד לצדקה, וכתב הרמב"ן דאזלינן בה לחומרא משני טעמים. ובטעם הב' כתב שהוא מטעם ספיקא לחומרא, והסכים עמו הרשב"א, והר"ן חלק עליו שם וסובר שבספק מצוה ממונית דינו לקולא². וא"כ ה"ה הכא לפי

1 עיין בשיעורי הגר"ש שהקשה כן.

2 עיין בביאור הגר"א (סימן רס ס"ק כד) שציין לדברי הר"ן.

שפטור מהשבה יכול לזכות, כיון שבאמת כשהחפץ נאבד מבעליו אין לו שום שליטה על החפץ, דהרי הוא אבוד ממנו, רק כיון דחייבה תורה להשיב יש לו עדיין שייכות אליו, ובנתיאש פטרתו תורה כיון שאינו מבקש אחריה. ובוזה נחלקו, הרא"ש סבר שייאוש הוא פוטר מהשבה, והרמב"ם סבר שעושה היתר זכיה ולכן פטור. ולפי"ז מבאר האגרו"מ שיטת הרא"ש, שכיון ששורש הספק הוא אם התורה פטרתו או לא, לפנינו הוא אם יש פטור מן התורה או לא, ואת זה אנו דנים כספיקא דאורייתא. וזה לפי מה שמחדש שם שתלוי מהו שורש הספק כעין שיטת המוהרי"ט ולכן חייב להשיב מספק. ועיין שם שמבאר באורך מח' הר"ן והרמב"ן, שנחלקו אם שורש הספק הוא 'איסורי' או 'ממוני'. ואמנם בפשטות דעת הר"ן דאפ"ה דינו לקולא כדלעיל.

ועוד כתב לחלק בשיעורי ר' שמואל (כה ב), שאפי' לראשונים שסוברים בחזרת ריבית דספיקא לחומרא, הוא משום שהם סוברים שחזרת ריבית הוא חיוב לשמים⁵. מה שא"כ השבת אבידה שחיובו הוא לחברו, ודאי אמרינן המוציא מחברו עליו הראיה. וכן כתב בשו"ת חת"ס (י"ד ח"ב ס' רמא, וכן כתב בחידושי לנדרים דף ז') שחלוק מצוה

כן אם יש בידו ממון שהוא של ספק צדקה אינו חייב ליתנו, אע"ג שהוא ספק מצוה, כיון ששורש הספק הוא בממון ואם כשהממון שלו אין מצוה - אזלינן בתר דיני הממון. כן כתב המהרי"ט (חו"מ קכ"ד), עיין שם שכתב שמדברי המרדכי אינו משמע כן. ועיין בש"ך (י"ד רנ"ט יד) שנסתפק בזה, וכן כתב הקה"ס (כלל א' סעיף ט), וכן כתב המחנה אפרים (צדקה ב' נדרים ח), עיין שם שכתב כן אפי' לדעת הר"ן. וכן כתב רעק"א בדרו"ח חלק הכתבים דף פז ב³. ואם כן בהשבת אבידה שכל חובתו הוא רק כי הממון אינו שלו, א"כ כשיכול לזכות בו לא שייך לחייבו להשיב, ודינו לקולא לכו"ע. לא מיבעיא לדעת הר"ן, אלא אפי' הראשונים שחולקים עליו יודו בהשבת אבידה, שאף שיש מצווה על גופו, כיון שע"כ שזה שלו לא שייך לחייבו, דומה לספק אם הממון של צדקה דנקטינן בה לקולא.

אמנם לפי מה שמבאר באגרות משה (י"ד א' ק"ג) מחלוקת הרמב"ם והרא"ש, שנחלקו בחקירת האחרונים⁴ מה טעם פטרה התורה את המוציא מהשבה לאחר יאוש, מצד אחד ניתן לומר דנעשה בו היתר זכיה וממילא לא שייך להשיב, ויש לומר צד אחר שיאוש הוא סיבה לפטור מהשבה, וכיון

3 עיי"ש בקה"ס ומהרי"ט שכתבו, שבספק שאין חזקת מר"ק על הממון אזלינן לחומרא, כגון שיש לאדם ממון שהוא ספק ממון שלו ספק ממון עניים, דינו לחומרא. דדרשינן מפסוק של 'דל ורש הצדיק' צדק משלך ותן לו אפי' שהוא ספק ממון. אבל אם יש חזקת מר"ק על הממון אזלינן לקולא, כגון שיש לאדם ממון שמסתפק אם הקדישם. אבל זה רק דין בספק צדקה, ולא בשאר מצוות ממוניות.

4 עיין בחידושי הגרנ"ט, ועוד. ועיין שם באגר"מ שמביא חקירה זו בשם רבו הגר"פ פרוסקין זצ"ל.

זה שייך לדון, שכיון שבלי והשיב אינו חייב להשיב כלל והיה זוכה בו המוצא, לכן אינו חייב להשיב אלא מקיים 'עד דרוש'. מה שאין כן הכא שיכול לזכות בו, לכא' לא שייך לחייב להשיב אם מדין הממון יכול לזכות בחפץ.

ואפשר לחדש, שאע"פ שאבידה גריעא מכל ספק ודינו לחומרא לכו"ע - כיון שזה ודאי שאינו שלו קודם שהגביה רק יש ספק אם יכול לזכות בו, מ"מ לא שייך לדון דהוי דינו המוציא מחברו עליו הראיה, וכיון שלפני שהגביה חייב להשיב מספק שוב אינו יכול לזכות בו. אמנם זה מחודש, כיון שיכול לזכות בו מדוע יתחייב להשיב.

היוצא לנו שבספיקות דר' ירמיה לכא' לא שייך לומר ספיקא דאורייתא לחומרא, או מטעם שלא שייך להשיב ממון שיכול לזכות בו או מטעם שמצווה ממונית דינה לקולא. אבל זה תלוי במחלוקת הר"ן והרמב"ן - חוץ מלשיטת המחנ"א, ועוד שמודה הר"ן שגם מצוה ממונית דינה לחומרא רק במקום שהספק-מצוה תלוי בספק בבעלות אזלינן בתר דיני הממון. וקשה על שיטת הרא"ש שהכריע באיבעיות מדין ספיקא דאורייתא לחומרא. אם לא

שעיקרה חיוב התורה כדי שיקבל חברו, ממצוה שעיקרה לשמים, שמצוה שעיקרה לשמים ספיקו לחומרא מה שאין כן מצוה שעיקרה לחברו.

אך כל זה הוא רק אם הספק הוא מהו חיוב התורה, אבל אם הספק הוא במציאות גם במצווה לשמים דיינינן ביה המע"ה.

איברא, מצאנו בהלכות אבידה מצב שהגם שמדיני הממון שייכת האבידה לאדם מסוים, מ"מ אינו משיבה לו מדיני המצווה. וכמו שתירצו האחרונים קושיית הפנ"י, שהקשה למה אין המוצא משיב את האבידה בלא סימנים מטעם ברי ושמא, דהא המוצא אינו מוחזק והוא רק שמא, ואילו התובע הינו ברי שחפץ זה היה שלו. ותירצו, שאע"פ שמדיני הממון צריך להשיב, אך אינו מקיים בזה מצוות 'עד דרוש', ולכן אינו משיב. וכן מצינו שתירץ בשערי יושר (ד ט) על הקושי למה בסימנים וסימנים יניח ולא יחלוק, ע"ש שתירץ שאמנם מדיני הממון צריך לחלוק, אבל כיון שאינו מקיים בזה 'עד דרוש' לכן יניח.

אמנם שם כל הנידון אינו אם הוא שלו או של חברו, אלא למי להשיב⁵. ועל

5 סברתו הוא שיש מצות שגדרם הוא שהתורה מצוה לעשות בשביל חברו, ויש מצוות שהגם שדינם הוא לשלם לחברו גדרו הוא לשמים. וכגון בחזרת ריבית, שהגדר הוא כדי שהוא לא ייהנה מריבית, ולא בשביל שחברו לא ישלם.

6 בעלון 'חדותא' הביא לחקור, קטן שמצא אבידה ובא אחד וטען ברי שהוא שלו, האם חייב להשיב לפי דברי השער"י שקטן אינו חייב במצות. ודחו שם מהטעם הנ"ל, שעד כמה שמדין הממוני זה של הטוען ברי חייב להשיב לו, אלא ע"כ ש'עד דרוש' משנה הדין הממוני, ולכן הוא הדין בקטן.

שנחדש כדברי האגרו"מ שנחשב ספק מצוה, והרא"ש יסבור כדעת הראשונים דאזלינן לחומרא, או שספק היתר זכיה אינו כספק שזה שלו.

ומתריצים האחרונים (בשיעורי ר' שמואל ועוד), שדברי הרא"ש אינם על עצם חיוב השבה אלא על חיוב הכרזה. שאף אם נקבע שמדיני הממון עדיין שייך החפץ למאבד [כמו שיתבאר לקמן] שהוא מדיני המוחזקות] אין זה הכרעה שלא נתיימש, אלא שבדיני הממון הרי הוא של המאבד. ולכן אם לאו דספיקא לחומרא היה פטור, כיון שיאוש הוא פטור מהכרזה בעצם ולא מטעם שנפקע בעלותו של השני, ולכן היה צריך לספיקא דאורייתא לחומרא שחייב להכריז. וכן נראה בהגהות לנוב"י הנ"ל שכיון שאינו נחשב מוחזק [ויתבאר לקמן] הטעם למה אינו מוחזק] שאסור לו למוצא ליטלו, חייב להכריז מספיקא. דהיינו שאין זה הטעם למה אינו זוכה בו, אלא הטעם לחיוב הכרזה.

[אמנם] אפשר לדון שאפי' בחיוב הכרזה יהיה פטור מספק ונדון בו הממע"ה לשיטת הר"ן⁷. שאף שאין חפץ לדון עליו הממע"ה, מכל מקום דומה לספק נדרי צדקה שסובר הר"ן שפטור מספק, שגם שם אין ממון מסוים. אך לשיטת המחנה אפרים וסיעתו

שסוברת שנדרי צדקה עושה הממון לממון עניים גם לר"ן חייב מספק בהשבה. ודוק].

וכן מוכח משיטת הרא"ש (ב"מ ב' ט') בספק אמוריים, שהוא ספק ישראל ספק עכו"ם, שמספק פטור המוצא מלהשיב. ודבריו צ"ב, הא ספיקא דאורייתא לחומרא⁸. אלא ודאי שאני התם שמדיני הממון שייך למאבד וכמו שיתבאר לקמן, ולכן פטור.

וכן מוכח מהא דכתב רעק"א בדף כ"א, שבספק נפל מישראל זה והתיימש ספק נפל מישראל אחר ולא נתיימש שלא שייך חזקת מר"ק, פטור המוצא מהשבה. מבואר שעד כמה שמדיני הממון הוא שלו אינו חייב משום ספק מצוה.

אמנם עיין בתומים שהסתפק בדעת הרי"ף האם מהני תפיסה באיבעיא דסלקא בתיקו, והביא ראיה מהא שהשמיט הרי"ף האיבעיא של חצי קב בב' אמות ולא כתבו, ומשמע דס"ל דלא מהני תפיסה. וכתב שיש לדחות דבאמת ס"ל דמהני תפיסה בספיקות, ושאיני התם דספיקא לחומרא כמש"כ הרא"ש. הרי שהבין טעמו של הרא"ש הוא משום ספיקא לחומרא. ואפשר לומר שהתומים לשיטתו, שהטעם דלא חיישינן בכל ספק לספק איסור גזל הוא משום שהתורה לא אסרה אלא גזל ודאי. וא"כ בספק השבה חייב מספק, כיון שזה שמותר

7 ועיין בשו"ת תשב"ץ שכתב כן בדעת הרי"ף.

8 עיין בהערות זר זהב על הקוה"ס כלל ו' סעיף ט' הערה סט, שרצה ליישב שטעמו של הרא"ש הוא משום ספיקא לחומרא, אלא שבספק אזלינן לקולא כיון שחזקת ממון מכרעת הספק.

אכן, אם ננקוט שחזקת מר"ק הוא חזקא קמייתא [כידוע חקירת האח' אם הוא מטעם חזקא קמייתא כעין חזקה באיסורים או מטעם מוחזקות] היה אפשר לתרץ, שהרמב"ם סובר שייאוש אינו פעולת חלות הפקר בחפץ, אלא היתר זכיה, ולכן לא שייך לדון חזקה לפני שהמוצא נוטלו לעצמו כיון שהוא ודאי שלו, ואין לפנינו ספק לדון עליו, ולאחר שנוטלו המוצא לא אמרינן חזקה להוציא. [דהא לכאור' קשה, הא לא אמרינן חזקה להוציא. אלא ע"כ כיון שכבר הוכרע קודם התפיסה שהוא שלו לא נחשב חזקה להוציא.]

אמנם כל זה בהנחה שהיתר זכיה אינו כתוצאה של גריעותא בבעלות, אלא דין, שהתורה אמרה שכל שנתיימש יכול לזכות. אבל אם נוצר גריעותא הרי יש ספק לפנינו אם נהיה גריעותא, והחזקת מר"ק מכריעה שלא. וא"כ הדרה קושיה למקומה.

וכל זה אינו מתרץ כל הני בעיות דחצי קב בשתי אמות וגו', דהרי ספיקות אלו הם ספק הפקר. ואף שהקצוה"ח (ס' רס"א ס"ק א') כשחולק על הש"ך בדין אבידה מדעת כתב שהני בעיות הם ספק ייאוש, דבריו מחודשים ונסתרים מפשטות לשון הגמ'.

והנראה שבאמת לא קשה כלל, שכל מה שכתב הרשב"א שלא מהני תפיסה כנגד חזקת מר"ק הוא רק בספק במציאות,

לו לזכות בו אינו משום שבדיני הממון הוא שלו, אלא שמספק אינו עובר איסור גזל. וא"כ במקום שיש חיוב השבה חייב להשיב, שחיוב השבה אינו נפטר מספק.

אמנם עדיין אינו מוכח, כיון שמהות חיוב השבת אבידה הוא להשיב לבעלים שהוא שלהם, וע"כ שלולא המצוה היה יכול לזכות אין מצוה להשיב. וצ"ע.

האם דנים חזקת מר"ק למאבד

יש לדון, מצד דיני הממון למי שייך האבידה בכל ספק השבה. הנה למאבד יש לכאור' חזקת מר"ק, והמוצא הוא תפוס. [לכאור' הוא תלוי במחלוקת אם מהני תפיסה בספיקות, דעת הרמב"ם דמהני, ודעת רוב הראשונים דלא מהני. ועיין בהגהות הגר"א (בסימן ר"ס ס"ק כד ועוד) שכתב כמה פעמים שמח' הרמב"ם והרא"ש תלוי בפלוגתא זו, וכן משמע בפנ"י ועוד הרבה אחרונים. ויבואו דבריהם בהמשך]

אמנם עיין בשיעורי הגר"ש שיש לדון בזה, דהא כתב הרשב"א דהרמב"ם מודה דלא מהני תפיסה כנגד חזקת מר"ק, ואיך מהני תפיסת המוצא כנגד חזקת מר"ק של המאבד. ועיין באבן האזל (גז"א טו' א') שהקשה כן על הרמב"ם שפסק בספק הינוח שאם נטל הרי אלו שלו⁹.

9 ועיין שם שמתרץ שיטת הרמב"ם שסובר שחזקת מר"ק הוא מטעם מוחזקות, ובאבידה אף לפני יאוש פקעה מוחזקותו כיון שכבר נגרע מבעלותו.

שנתבאר לעיל, מהני תפיסת המוצא, דלא אלים חזקת מר"ק להוציא. ואתי שפיר דעת הרמב"ם אף לשיטת הרשב"א.

האם המגביה הוא מוחזק

הנה כל הנידון אם שייך חזקת מר"ק או לא הוא רק על הצד שלמוצא יש חזקה, ועל זה שייך לדון אם חזקת מר"ק מהני להוציא ממוחזק. אמנם לפמשנ"ת בתוס' ובראשונים בכתובות (טו ב) לכאו' יש לדון האם המוצא נחשב מוחזק. דהגמ' שם מפרשת את המשנה במכשירים (ב' ח') שאסופי [היינו תינוק שנמצא ברחוב] שנמצא במקום שיש בו רוב ישראל, מחזיקים אותו לישראל. ומבאר הגמ' דנפק"מ להחזיר לו אבידתו. ומקשים הראשונים שם, והא אין הולכין בממון אחר הרוב. ומתרץ תוס' וז"ל: "ואפי' לשמואל דאמר אין הולכין בממון אחר הרוב היינו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, שבהיתר באו המעות לידו ומדעתו נתנם לו הלוקח, אבל הכא מודי דאזלינן בתר רובא". עכ"ל. וכעין דברי התוס' תירצו הראשונים שם בסוגיא¹⁰.

ודברי התוספות נתבארו בכמה דרכים באחרונים. שיטת הקונטרס הספיקות (כלל ו סע' ח-ט) הוא, שכיון שתפס לאחר

אבל בספיקא דדינא ודאי מהני תפיסה דהא דלא מהני תפיסה כנגד חזקת מר"ק הוא מטעם כיון שהחזקה מכריעה הספק, וזה נכון בספק במציאות, אבל ספיקא דדינא פשוט שלא שייך להכריע בחזקה. ואף שהספק בגמ' הוא כתוצאה מספק במציאות, מ"מ כיון שאילו ידענו הדין לא היה לנו ספק משו"ה נחשב ספיקא דדינא, ואין החזקה יכולה להכריע בספק זה¹⁰.

ועל צד שחזקת מר"ק הוא מוחזקות קשה, שלכאו' הטעם שלא מהני תפיסה כנגדו הוא מפני שהוא מוחזקות אלימתא, וא"כ היה צריך להיות אותו הדין גם בספיקא דדינא. וי"ל בהקדם, שלכאו' קשה באמת למה מר"ק אלים ממוחזק, הרי מוחזקותו של המר"ק הוא מכח העבר בעוד שמוחזק מוחזק כעת. וי"ל שבאמת אינו אלים יותר, והא דלא מהני תפיסה כנגדו הוא כיון שכל מה שמהני תפיסה הוא מטעם שמאותו סיבה שהדין נותן שכשהיה אצל התפוס מספק אל תוציא, הוא הדין עכשיו ומספק אל תוציאנו. אבל בחזקת מר"ק הוא נשאר תמיד מוחזק. ועדיין קשה איך מוציא ע"י חזקתו ממוחזק, אלא כיון שכבר נפסק שהוא שלו אין נחשב מוציא. ולפי"ז בספק של השבה שלפני שהגביה המוצא היה ודאי של מאבד - כמו

10 ונראה לי שיש לדון בזה שבשלמא אם יש מח' אם נחשב מפוזרים או לא מסתבר דלא אזלינן בתר חזקה כיון שספק שלנו הוא כמי פוסקים ולא מה היה במציאות אבל כאן שכל הספק הוא במציאות ולא פשטה הגמ' הספק לפנינו הוא במציאות ולא מה הדין אף שאילו ידענו הדין לא היה לנו ספק זה כיון שיש לנו דין ברור לפנינו אין אנו דנים על המציאות אבל כל שהגמ' לא פשטה הספק לפנינו הוא ספק במציאות.

11 עיין באח' שדנו האם כוונתם כתוס' או שחלוקים התירוצים (קונטרס הספיקות ועוד).

רק כשיש רוב כנגדו בצירוף מר"ק יכול להוציא. וכן לפי המהלך שתוס' סובר כב"ח ודאי אינו קשה. אמנם לפי מהלך החידושי הרי"מ ור' שמעון קשה, שלכא' בכל ספק השבה גם לולא הרוב לא נחשב המוצא מוחזק כיון שמגביה האבידה לעשות בו כדינו, ועל הצד שחייב בהשבה הרי מחזיקו בשביל המאבד, וא"כ איך אפשר לפרש דברי הרמב"ם שהוא מטעם תפיסה, הא במקום כזה לא מהני תפיסה.

אמנם באמת קושיה זו קשה לפי ביאורם מכל מקום, שהרי מתבאר בגמ' שאסופי שנמצא במקום שהוא מחצה על מחצה - שהוא ספק שווה בשווה אם הוא ישראל או גוי - אין משיבים לו. והקשה על זה תוס' ביומא דף פה (ד"ה להחזיר) למה באמת אין משיבים, ומפ' דאמר לו ישראל אייתי ראיה דישאל את ואחזיר לך. מתבאר מדברי התוס' שנחשב מוחזק, ולכן יכול לומר אייתי ראיה. והקשה על זה השפת אמת דהן אמת אם הגביה לקחת לעצמו אז נחשב למוחזק כנגד האסופי, אבל לפני שהגביה שאין לו בו מוחזקות יתחייב להגביה לאסופי מספק. זהו תורף קושייתו. ולכא' קושייתו הוא לפי הבנת זקנו החי' הרי"מ שפירש דברי התוס' שהגביהו לעשות כדינו, וא"כ על צד שהוא ישראל הרי מחזיקו בשבילו ואין כאן הוצאה כלל, אבל אם נדון שאפילו הוא מחזיקו לעשות כדינו יש כאן הוצאה לא קשיא מידי.

שנולד הספק נחשב תפוס ואינו נחשב מוחזק, ומוציא מזה יסוד שרוב מהני כנגד תפוס. וכן הבין גם בש"ש.

ויש שרצו להביא מזה ראיה לשיטת הב"ח שאינו זוכה באבידת עכו"ם, ולפי"ז מובנים דברי התוס' היטב, שכיון שאין צד שהוא שלו ודאי אינו נחשב מוציא, ועיין באמרי בינה שמפרש כן דברי התוס'. וכן מפרש הגר"ח שמולביץ, עיין בהערות זר זהב על קה"ס שמביאו (והובא לעיל) אמנם האח' האריכו להקשות על זה¹².

שיטת החידושי הרי"מ (בשור"ת, אבהע"ז טז) הוא שכיון שלפני שהגביה המוצא יש רוב שהוא ישראל, והמגביה אינו מתכוון לגזול אלא מגביהו לעשות בו כדינו וולפני שמגביה הדין דאזלינן בתר רובא, כיון שאינו מוציא א"כ על צד הרוב שהוא ישראל אין כאן חזקה כנגדו, כיון שמחזיקו בשבילו. וכן כתב גם ר' שמעון שקופ במכתב לגיסו (הובא בחידושי ר' שמעון לכתובות) וז"ל: "דברי הרשב"א מתפרשים לדעתי בפשטות, דרוב בממונות לא מהני רק אם גם על צד הרוב אנו מוציאים מן המוחזק, אבל הכא על צד שמודה הרוב לאו הוא בעלים כלל" וגו' עכ"ל.

והנה לכא' לפי מהלכו של הקה"ס שנחשב תפוס לא קשה, שכיון שהוא תפוס אין מוציאים מידו אפי' שאינו מוחזק,

12 ר' שמעון שקופ (במכתבו לגיסו שיובא לקמן), ועוד.

שיטת הרמב"ם בספק הינוח וביאור שיטתו במפרשים

הנה הרמב"ם לא כתב מפורש בספיקות של קב בארבע אמות שיכול לזכות בו, אלא שאין חייב להכריז. וז"ל בפט"ו מגזו"א ה"ב: "כל אלו ספק, לפיכך לא יטול ואם נטל לא יכריז". וכן גבי ספק של כשיר וכשורה כתב (פט"ו מגזו"א ה"ב) דהרי זה ספק ולא יטול. והמקום היחיד שכתב שיכול לזכות בו הוא בספק הינוח במקום שאין בו סימן, שם כתב הרמב"ם מפורש שיכול לזכות בו, וז"ל (גזו"א א'): "כל המוצא אבידה בין שיש בה סימן בין שאין בו סימן, אם מצאה דרך הנחה לא יגע בה וגו'. אפילו נסתפק לו הדבר ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונח הרי זה לא יגע בו, ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם. ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו". עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל, "א"א דבר זה אינו מחזור אצלי שיזכה בו לעצמו לעולם, אלא יעמוד בידו עד שיבא אליהו". עכ"ל.

וגם הרב המגיד מסכים לשיטת הראב"ד, ומקשה על הרמב"ם שכיון שבאיסורא אתי לידיה איך זכי ביה. ועוד מקשה, הא כיון שהוא ספק נפילה ומותר וספק הנחה ואסור, הרי הכא על צד הנחה מיירי לפני יאוש ומצינו כה"ג שספק אסור, כמו שכתב בפרק י"ד, ששם כתב הרמב"ם דין של יאוש שלא מדעת ומדייק שם המ"מ שגם בספק שלא נתייאש חייב. ומסיק הה"מ אלא ודאי כדברי הראב"ד שניח עד שיבוא אליהו,

ובאמת יש לדון בדברי האחרונים שלא פירשו התוס' כמו שפירש החידושי הרי"מ, האם הם חולקים ביסוד וסוברים שגם אם מגביהו לעשות בו כדינו נחשב מוחזק כיון שלמעשה החפץ מונח אצלו, או שסוברים שאם הוא היה מגביהו לעצמו היה זוכה בו אינו חייב להגביהו למאבד. עיין בשיעורי ר' שמואל (ב"מ כא ס' ד') שכתב סברא זו, שלכן בכל ספק אינו חייב להגביה למאבד. ומוכיח זה מדברי הקוה"ס שמפרש כן כלפי כל תפיסה, איך יכול לתפוס - הרי בשעה שתפוס אינו מוחזק, וא"כ הדין נותן שהוא של השני. אלא ע"כ כל דבר שאחרי שיתפוס ייהפך למוחזק יכול לתפוס, וא"כ הוא הדין בספק השבה. עכתו"ד. ונראה שמה שדימה לספק גזל אינו, שסבר שגזלן אינו נחשב גזלן אם אחר שיבוא לידו יהיה שלו, וזוהי סברא במעשה גזילה דייקא, ואינה סברא שכל מה שאחרי שיבוא לידו יהיה שלו אנו דנים עכשיו כאילו יש לו כבר זכות בו, וא"כ בספק השבה לא שייך סברא זו. ואם לפני שמגביה אינו מוחזק וחייב להשיב מספק, לכאור' עליו להגביה על מנת להשיב, וצ"ע בזה.

היוצא לנו מזה שלפי רוב האחרונים המוצא נחשב תפוס, ולפי מהלך החידושי הרי"מ ור' שמעון צ"ע בזה. ומתפרשים דברי הרמב"ם לשיטתו שתפיסה מהני, ולכן נפטר מהשבה כיון שיכול לזכות בממון. ושיטת הרא"ש שחייב להכריז, כיון שבממון אינו יכול לזכות חייב להכריז, שנחשב ספק איסור.

ומביא שכן הוא גם שיטת הרמב"ן והרשב"א ורבינו יונתן.

בו. ואפשר אפילו בוודאי הינוח כיון שאין בו סימן אינו מחויב בהשבה.

והכ"מ מבאר דברי הרמב"ם, שאפשר שלא אמרו באיסורא אתי לידיה בדבר שאין בו סימן רק לגבי שלכתחילה לא יטול¹³, אבל אם עבר ונטל זכה בו¹⁴. דלא אמרינן יהיה מונח עד שיבוא אליהו אלא היכא דאיתמר הכי בהדיא, עכתו"ד. וכן כתב בבית יוסף, וכן פסק בשו"ע כדעת הרמב"ם.

והט"ז מפרש שהרמב"ם לא איירי רק בספק הינוח ובספק זכה בו. כיון דהוי ספק ספיקא, ספק נפילה ונתייאש וספק הינוח, ואפילו על צד הינוח יש ספק שכחה, א"כ אם נטלו הרי אלו שלו.

והש"ך מסכים עם שיטת הרמב"ם ודוחה קושיית המ"מ, דהא דאמרינן יאוש שלא מדעת הוי יאוש הוא רק שאם נתברר של מי הוא חייב להשיב לו, אבל כל זמן שלא נתברר של מי הוא יכול להשתמש בו. וכתב שאפשר שזהו כוונת הב"י, אלא דלשונו קצת מגומגם.

והנתיבות מפרש דברי הרמב"ם, שהרמב"ם מיירי בגוזלות מדדין [כאוקימתא שבגמ'] וכיון שכן ודאי נתייאש, דאפי' על צד הינוח נחשב כמצא במקום שאינו משתמר כיון דמדדין, ולכן אם נטלו זכה בו. והא דלא יגע בו הוא משום שכל זמן שהוא במקום שהניח לא חל הייאוש, כיון שנחשב יאוש ברשות.

ובאמת צ"ב שיטת הש"ך והב"י, איך זוכה בדבר שלא נתייאשו הבעלים¹⁵.

והנה לפי הבנת המ"מ והכ"מ והש"ך שהרמב"ם איירי בין בספק הינוח בין בוודאי, ואין כאן נידון של ספיקות כלל אלא דין של מצא חפץ שאין בו סימן, אין לנו מקור מרמב"ם זה לספיקות אחרים. ואדרבה, המ"מ בקושייתו הוכיח שכל ספק חייב מספק יאוש, וכתב כן גם לדעת הרמב"ם. ומדברי הב"י והש"ך שהביאו קושייתו ולא כתבו שזה לא קשה שהרמב"ם סובר שבספק אינו חייב

והסמ"ע מפרש דברי הרמב"ם דאיירי שנטלו ע"מ להחזירו. ומפרש רעק"א דבריו, שכיון שנטלו להשיבו ונתייאשו הבעלים אינו עובר רק בהשב תשיבם כמו שמבואר בגמ' בדף כ"ו, סובר הרמב"ם שפטור מספק העשה דהשבה וזכה

13 וצ"ב מה יועיל שלא יטול, הא האבידה נמצאת ברה"ר ואם לא יטול מסתבר שלא ימצאו הבעלים.

14 ועיין ברעק"א ב"מ כ"א שסובר בדעת הכ"מ שרק בספק זכה בו, וזה שלא כפשטות דבריו.

15 וייתכן שהם סוברים שכל דבר שאין בו סימן ואין לו דרך להשיב ממילא פקע רשות הבעלים ממנו, כמו שיש מן האחרונים שמפרשים שכל אבידה אם לא שחייבה תורה בהשבה היה הפקר, ויאוש אינו הפקעת הבעלות אלא פטור התורה מהשבה, וממילא הוי הפקר. אך לפי זה קשה, למה אם באו בעלים צריך להשיב להם לשיטת הש"ך.

באיסורא אתי לידיה. ועיי"ש שנחלקו בארוכה. עכ"פ נמצא שלפי שיטת ר' געציל אין מסוגייתנו ראייה לשאר ספיקות, ולשיטת הבית אפרים יש ראייה.

ולפי שיטת הסמ"ע לכאור' תלוי בב' המהלכים ברעק"א, אם הוא מטעם שאין מצות השבה במקום שאין סימן הרי אין כאן ענין לספיקות כלל, אך לפי המהלך שהוא מטעם ספק - שכשיש רק ספק מצות השבה פטור, מתבאר שבכל ספק אבידה חייב, ורק בספק הינוח אחרי יאוש שיש רק ספק השבה פטור. ולכ' טעמו הוא, שעד כמה שיש ספק אם יצא הממון מרשות מאבד החזקת מר"ק מכריעה שלא יצא מרשות בעלים, ולא מהני תפיסה אפילו לדעת הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאים מידו, דאבידה שאני. וכן לפי דרכו של הנתיבות אין כאן ענין לספיקות כלל.

היוצא לנו מכל דברי גדולי הפוסקים, שלא פירשו הרמב"ם של ספק הינוח לשיטתו דמהני תפיסה בספיקות, אלא אדרבה, נראה בדבריהם שאפילו לדעת הרמב"ם חייב בכל ספיקות חוץ מספק הינוח באין בו סימן. והוא מוכח בדברי המ"מ ורעק"א בביאור הסמ"ע.

ביאור הצדדים בדעת הרמב"ם

הנה ביארנו שנחלקו האחרונים בביאור הרמב"ם אם הוא מטעם תפיסה או לא. ולצד שהוא לא מטעם תפיסה צ"ע, מדוע

אלא כתבו לתרץ בדרך אחר, נראה שמודים בעצם לקושיית המ"מ שאפילו בספק חייב להשיב, אלא שכאן יש טעם לפטור.

אמנם אפשר לומר שכיון שפשטות לשון הרמב"ם הוא אפי' בודאי הינוח, לא דנו כלל על ענין ספק. ואכתי יל"ע.

ועיין בבית אפרים (חור"מ מד) שמביא בשם אחיו החריף ר' געציל, שכל מה שהקשו הראשונים על הרמב"ם הוא רק בספק הינוח שיש דין לכתחילה לא יטול, וסוברים הם שכיון שאסור לו ליטול אם נוטל נחשב באיסורא אתי לידיה ולכן יניח. אבל בשאר ספיקות מודים לרמב"ם.

וחולק עליו הבית אפרים שלא יתכן לומר כן, שהרי קושיית המ"מ על הרמב"ם הוא מקושיית הגמ' 'הא לא ידע דנפל מיניה' משמע שמספק אסור, ושם הרי לא שייך שמא יבוא הבעלים ויטול - ועם כל זה אסור, ע"כ שכל ספק דינו יניח, שהחזקת מר"ק מכריעה שלא נתיאש, חוץ מספק עכו"ם שאז לא שייך חזקת מר"ק. אמנם מסכים עימו שכיון שיש דין שלא יטול נחשב באיסורא אתי לידיה, שאם לא כן תיקשי, בגזלות מדדין שהספק הוא אם הניח פה ישראל או שמא מעלמא אתו, ועל הצד דמעלמא אתו מותר לו לזכות בזה משני טעמים, א' שוודאי נתיאשו בעלים ב' כי ייתכן שהוא של עכו"ם, אם כן מדוע לראשונים חייב מספק - הרי כאן חזקת מר"ק, ע"כ שנחשב

ובקונטרס הספיקות (כלל ח' אות ד) סובר שחלוק תפיסה בהפקר משאר תפיסות לשיטת המחבר והרמ"א, עיי"ש שהוכיח כן בדעתם. ולפי זה מתבאר מדוע לא פירש כן הב"י בדעת הרמב"ם, שהרמב"ם לשיטתו בתפיסה לפי שספק אבידה הוא ספק הפקר ולכן לא יכול לתפוס גם לדעת הרמב"ם. אמנם לשיטת הש"ך עדיין יקשה לפי מהלך זה, אמנם הכרעת הקוה"ס דמהני תפיסה בהפקר ומוכיח שכן דעת רוב הראשונים.

הקושיות והראיות לשני הצדדים

הנה ביארנו לעיל שני מהלכים עיקריים ברמב"ם. או שכל ספק זוכה בו המוצא כי מועיל תפיסה, או שרק בדבר שאין בו סימן יכול לזכות.

והנה המ"מ הקשה על הרמב"ם מקושיית הגמ' "והא לא ידע דנפל מיניה", דמוכח מכאן שספק יאוש נחשב באיסורא אתי לידיה (כמו שנתבאר לעיל). ותירצו הב"י והש"ך שלא נחשב באיסורא אתי לידיה, אלא שאוסר לכתחילה ליטול. ולכ' הא ניחא לשיטתם שדבר שאין בו סימן יש דין שכיון שאין לו דרך להשיבו זכה [יכול להשתמש] בו, א"כ מסתבר שדנים כן רק לאחר שהחפץ כבר נמצא ברשותו ואין לו דרך להשיב ולפני כן אסור לו להגביה. אבל אם לא ס"ל הכי מדוע יש דין לכתחילה לא

באמת לא יועיל תפיסה. וכבר ביארנו לעיל כמה צדדים ונסכם הדברים:

(א) אפשר לומר שהוא מטעם שנחשב תפיסה כנגד מר"ק, וכשיטת הרשב"א שהרמב"ם מודה שלא מהני תפיסה כנגד מר"ק. ולצד זה צריך כמה הנחות: א' - שאפילו בספיקא דדינא לא מהני תפיסה, וכבר נתבאר לעיל שמסברא אינו כן. ב' - או שנחדש שלא נחשב ספיקא דדינא, וגם זה לא מסתבר.

(ב) מהלך החידושי הרי"ם ור' שמעון בתוס' בכתובות, שאם מגביה לעשות כדינו אינו נחשב מוחזק כנגד השני לצד שזה שלו, וא"כ בכל ספק כיון שיש למאבד מר"ק והמוצא אינו נחשב מוחזק כנגדו לצד שהוא שלו, אינו יכול להיחשב תפוס כלפיו. ואף שהם אמרו סברא זו שלכן מהני רוב להוציא, ומוכח שם שכלפי ספק לא שייך סברא זו דהא לאסופי שנמצא במקום שהוא מחצה על מחצה אינו חייב להשיב, אמנם אפשר שכל זה דווקא באסופי שהוא ספק ישראל ספק עכו"ם [כפי שיתבאר שבספק עכו"ם לא שייך חזקת מר"ק], ולכן אין חזקת מר"ק מסייעתו ומשו"ה אין אנו מוציאים מכוח ספק. אבל אם יש חזקת מר"ק יכול להוציא.

(ג) נחלקו הפוסקים אם מהני תפיסה בהפקר, שיטת הש"ך (ת"כ סימן יט אות ד) שתלוי במח' הכללית של תפיסה בספיקות.

הוי דרך הינוח או לא והרמב"ם פסק שלא יטול, ולפי האח' גם כאן הרמב"ם לשיטתו.

והנה התהילה לדוד הקשה על הרמב"ם למה אינו חייב להכריז, הא מצינו בגמ' במחצה ישראל מחצה עכו"ם שחייב להכריז וכן נקטינן להלכה לכו"ע, וא"כ קשה על שיטת הרמב"ם דמאי שנא מכל הספיקות דאמרינן בהו אין מוציאין מידו. מתרצים האחרונים, שבדבר דאיכא לבירורי גם הרמב"ם מודה שחייב, וכמו שפי' תוס' שיטת רבנן ברוב עכו"ם, שהקשו תוס' וכי רבנן לא סברי דאזלינן בתר רוב, ותי' דכיון דאיכא לבירורי חייב להכריז. וקשה לדבריהם, הא כשיר וכשורה נמי איכא לבירורי. שהרי אם יבוא ישראל וייתן בו סימן לא נסתפק אם נפל ממנו, ורק עכשיו כמות-שהוא מונח לפנינו אנו מסתפקים אם הוא נפל או הניח.

והנה דבר זה קשה לכו"ע. אבל בשלמא למהלך הב"י והש"ך אפשר לומר שהם יפרשו דברי הרמב"ם דלא ייטול שדינו כספק הינוח בדבר שאין בו סימן, וכן כתב התהילה לדוד. ואע"ג שלכאור' יש ממ"נ שאם הוא דרך הינוח יש בו סימן ואם לאו אין בו סימן, מ"מ ייתכן שאם יבוא ויראה שלקחו את החפץ יתיימש, שיתלה שהמוצא תלה בנפילה, או אפשר שכיוון שהוא צורה שיכולה שתיעשה מעצמה יכול להיות שבאמת הניחו שם רק בלי לכוון להניח, ולכן לא יטול. וייתכן שהם תירוצים דחוקים,

יטול, הא בכל תפיסה לא אמרינן הכי¹⁶. ומה דאמרינן בספק הינוח לכתחילה לא יטול, היינו משום שאם לא יטול אפשר שימצאנו בעל האבידה, מה שאין כן הכא.

והנה הפנ"י מפרש הרמב"ם לשיטתו בתפיסה, ומפרש שספק יאוש שאני משאר ספיקות. שבספק יאוש יש חזקה שלא נתיימש, מה שאין כן בשאר ספיקות, ולכן באמת בספק יאוש גם הרמב"ם מודה שלא זכה בו, וכדייק המ"מ ברמב"ם שהובא לעיל. אמנם הבית אפרים והשערי יושר ועוד חולקים בתוקף על סברת הפנ"י. ובשער"י מבואר ב' סברות לחלוק, א' - שהחזקה היא חזקה ריעא שהרי הוא חסר לפניך, [דהיינו כיון שהחפץ אבוד מבעליו זהו כבר השתנות מהמצב הקודם] ב' - שהספק אינו אם נתיימש או לא אלא אם נודע לבעלים שנאבד, ועל זה לא שייך חזקה. וכעין זה ביאר בב"א, שאם נאמר כסברת הפנ"י שכל ספק אבידה הוא ספק יאוש, מאי שנא ספק זה משאר ספיקות. בשלמא ספק דמדדין שהוא ספק שמא אתו מעלמא ועל הצד דמעלמא אתו יכול לזכות בהם מחמת רוב עכו"ם ניחא, אבל בשאר ספיקות הרי המתיר הוא ייאוש, ומאי שנא ספק ייאוש מספק הינוח באינן מדדין.

עוד יש להקשות על המהלך של תפיסה, שהנה הבאנו לעיל שא' מהצירים שהרמב"ם חולק על הרא"ש הוא במצא מעות מונחים כשיר וכשורה, שהגמ' הסתפקה אם

ומ"מ ניחא יותר מאשר לשיטת האחרונים שפירשו שיכול ליטול לעצמו.

ואולי אפ' לתרץ שכיון שהוא ספיקה דדינא¹⁷, ועל הצד של נפילה אין לנו לחשוש כלל שהניח, לא שייך לחייבו להכריז מספק, שבספק במציאות שייך לומר שהגם שהדין נותן שאין לחשוש לצד הב' מ"מ מדרבנן עליך להחמיר, מה שאין כן בספק בדין לא שייך לומר כן, וצ"ע. ועוד יש לדון בזה ראיות לכאן ולכאן.

סוגי ספיקות נוספים ובגדרי מר"ק

הנה נתבאר בתוך הדברים שנחלקו הרמב"ם והרא"ש בכל ספק בדבר שאין בו סימן דליכא לבידור, וספק נתייאש האם זכה בו מוצא או לא, שיטת הרמב"ם שיכול לזכות ושיטת הרא"ש שאינו יכול. ומודה הרא"ש במקום שאין חזקת מר"ק למאבד, כגון בספק אמוריים, שזכה בו המוצא. ומבארים האחרונים דשאני ספק זה שהספק הוא שמא של ישראל ושמא של עכו"ם, שבספק זה לא שייך חזקת מר"ק ומשו"ה מודה ביה הרא"ש.

ומדבר זה למד רעק"א בדף כ"א ב' שמתבאר שם גבי תאנה שאם נפל מבעל האילן הוא מותר, דמידע ידיע דנתרי, ואם נפל מהולכי דרכים אחרים הוא אסור מטעם דהוי ייאוש שלא מדעת. ומחדש רעק"א שם שבמקום שמסתפקים ממי נפל,

מבעל האילן ומותר או מעוברי דרכים ואסור, יכול לזכות בו לעצמו כיון שלא מנגד חזקת מר"ק לומר שהוא של בעל האילן.

והנה יש לדון בסברת רעק"א, דהרי בחזקת מר"ק יש שני צדדים, או שהוא מטעם מוחזקות - ולפי צד זה דברי רעק"א מובנים היטב, שוודאי לא שייך לדון מוחזקות כשיש ספק מי הבעלים. אבל לצד שהוא חזקה קמייטא יש לדון שהחזקה תכריע שהאבידה לא יצא מן הרשות הקודמת שהייתה בה, וממילא נכריע שהתאנה נפלה מן העוברי דרכים.

ומצינו בשמעתתא (ד' ב') שדן על חתיכת בשר שחוטא שנתערב עם חתיכת נבלה, דן השמעתתא אם חזקת שאינו זכוח מכריע שהוא נבילה, או כיון שהספק הוא מהיכן באה החתיכה ולא האם נשחטה לא שייך כאן החזקה, עיי"ש שדן בזה. ונראה הכרעתו שכשיש כאן שניים מעורבים לפנינו, אחת שחוטא ואחת נבלה, אין החזקה מכריעה בכה"ג. אבל כשיש שתי חנויות אחת מוכרת שחוטא ואחת מוכרת נבילה, ויש לפנינו חתיכה ואין אנו יודעים מאין פירשה, החזקה מכריעה שהיא נבילה.

ולפי זה לכאור' בנידון דידן שיש כאן אבידה שספק הוא מאין פירשה, אם מבעל האילן אם מעוברי דרכים, לכאור' החזקה מכריעה שהיא משל עוברי דרכים.

17 עיין לעיל שהבאנו מהגר"ש רוזבסקי שגם ספק כזה ששורשו ספק במציאות נחשב ספיקה דדינא.

והנה באמת שמעתי ממו"ר ראה"כ ר' יעקב בריזל שליט"א בשם הרה"ג ר' יונה מילר שליט"א להוכיח ששייך מר"ק בספק כזה - או שהרא"ש סובר שאפילו בלי מר"ק חייבים להשיב. דהנה נתבאר בגמ' (כ"ה א') שיש ציורים בכלי ולפניו פירות שחייב להשיב, דתלינן ודאי שמבעל הכלי נפל, ויש ציורים שלא. ונסתפקה הגמ' באיזה ציורים חייב, והרא"ש נקט דאזלינן בו לחומרא, שבכל הציורים שנקטה הגמ' חייב להכריז. והרמב"ם לא חייב בכל הציורים. והמחבר פסק כרמב"ם, והרמ"א לא הגיה. ותמה הסמ"ע למה לא כתב הרמ"א דעת הרא"ש בלשון י"א, כיון שהוא חומרא להחזיר אבידה שהיא מצוה דאורייתא, וכמ"ש הרא"ש דאזלינן בו לחומרא, עכ"ל הסמ"ע. מוכח מדבריו שהוא סובר שחייבים להשיב אפי' בספק כזה.

ובאמת עיין בביאור הגר"א שמפרש דברי הרא"ש דהא דאזלינן לחומרא אינו מטעם ספיקא לחומרא, אלא שהרא"ש סבר

אמנם מצינו באולם המשפט שדן האם מהני רוב להוציא מחזקת מר"ק, והביא ראה"ה מהא (שם כב ב) שאבידה שנמצאת במקום שמצויים שם יתומים אם האבידה היא שלהם אסור למוצא ליטלה. שמתבאר בגמ' שאם רוב הבקעה אינם יתומים מותרת האבידה למוצא, ולכאור' לפי דברי רעק"א אין כאן מר"ק. מוכח שלשיטתו זה נחשב מר"ק.

ומה שמצאנו בספק אמוריים שאינו חייב להכריז, התם כיון שהוא ספק עכו"ם שאני, שעל הצד שהוא גוי אין לו חזקה כמתבאר בראשונים בכתובות ט"ז, לכן ודאי אין מר"ק יכולה להכריע ספק זה.

סיכום הדינים

מצא דבר שאין בו סימן ואינו יודע אם נודע לבעלים שנאבד או לא נודע לו, אסור המוצא ליטלו לעצמו, ואם נטלו לעצמו בפשטות חייב להחזירו. וכן נפסק בשו"ע (סימן רס"ב ס"ק ג) אמנם ע"פ מהלך הש"ך בדעת הרמב"ם, וכן נראה בדעת הב"י, יכול להשתמש בו כל זמן שלא באו הבעלים.

הרב מאיר טרבילו

ביאור דעת הר"ן בספק הינוח

ג' שיטות בדיון ספק הינוח

איתא בבבא מציעא דף כ"ה ע"ב, א"ר אבא בר זבדא אמר רב כל ספק הינוח לכתחילה לא יטול ואם נטל לא יחזיר. ונתבארו בראשונים ג' שיטות בזה.

א. שי' התוס', הרא"ש והטור הוא דדווקא דבר שאין בו סימן ובמקום המשתמר קצת דינא הכי, אבל דבר שיש בו סימן אפי' ודאי הינוח יטול ויכריז כשמונח במקום המשתמר קצת. והיינו טעמא, כיון שהמקום אינו שמור לגמרי אמרינן דבדיעבד הניחם שם לפי שעה ושכחם, ועדיף לבעלים שיטלנו אדם הגון ויכריז שאז שמור הוא לבעלים שלא ישלטו בו זרים. ובמקום המשתמר לגמרי לא יטול אפי' ביש בו סימן. ונראה מתוס' שלא שייך ספק הינוח במקום המשתמר לגמרי, שסתמו דרך הינוח בא לשם ולעולם דיינינן ליה כוודאי הינוח. ויעוי' סימן ר"ס סעיף י' בהג"ה ובש"ך ס"ק ל' וברעק"א שם]

ב. שי' הרמב"ם (פט"ו מגז"א ה"א, עפ"י המ"מ והכס"מ) היא, שכל ספק הינוח אפי' יש בו סימן לא יטול. [מלבד ברה"ר שאינו מקום הנחה ודינו כנפילה] ותמהו המפרשים דבגמ' מקשינן וניהוי קשר סימן, ופי' התוס' דכוונת

הגמ' להקשות שייטול ויכריז. ויעויין במ"מ דלמסקנא נקטינן דכל ספק הינוח לא יטול אפי' ביש בו סימן. ולהכס"מ גם מתחילה סברה הגמ' כך, ומאי דפריך וניהוי קשר סימן אינו מקשה על המשנה, אלא על מאי דקאמרי הגמ' טעם המשנה בדבר שאין בו סימן טעמא רבה - דאי שקיל להו לית ליה למרייהו סימן בגוייהו ומפסיד ממונו, ע"ז הק' הגמ' דמ"מ ניהוי קשר סימן, ויהיה רק טעמא זוטא שמטריח את הבעלים לדרוף אחר ממונו חנם, אבל אדינא לא קשה מידי עיי"ש.

ג. שי' הר"ן היא דעל צד הינוח אינו בכלל אבידה, ועוד מבואר בדבריו דרשות המוצא אינו משתמר יותר מאחר הגפה וכדו'. ולכך בוודאי הינוח לא יטול שאינו מועיל בנטילתו, [ואפשר שגורע משום שמשנה מדעת בעלים] והצד המחייב בהשבה הוא רק על צד נפילה, וזוהי אבידה שציוותה עליה תורה ליטלה ולהשיבה לבעלים, ולפיכך בספק הינוח בדבר שאין בו סימן לא יגע ממ"נ; על צד נפילה אינו יכול להשיב, ועל צד הינוח אינו מחויב ורק מזיק יותר לבעלים. דהא רשות המוצא אינו משתמר כלל לבעלים - שאינו יודע מי נטלו כיון שאינו מכריז על אבידתו, וגם אין לו סימן

שיכול לתבוע אבידתו. אבל אם יישאר במקום שהנוח, נהי שאינו משתמר לגמרי, מ"מ יודע מקומו ואפשר שישב הבעלים וימצאוה במקומה. ואם יש בו סימן יטול ויכריז, דעל צד נפילה מועיל לבעלים שע"י הכרזה ישמע שמצאו את אבידתו ויבוא לדורשו, ועל צד הינוח אינו מזיק שכך הוא משתמר ביד המוצא כמו אחר הגפה. [אך דבר שאין בו סימן מגרע בנטילתו ומפסידו יותר, שמוליכו למקום שאינו משתמר כלל]. נמצא שבין להר"ן ובין לתוס' דינא דספק הינוח לא יטול איירי בדבר שאין בו סימן, אמנם חלוקין בטעמן ומזה נולדה מחלוקת אחרת, והיינו בוודאי הינוח במקום המשתמר קצת ויש בו סימן, דלתוס' יטול ויכריז דתלינן שהבעלים הניחוהו שם ושכחוהו, ולהר"ן לא יטול דלא תלינן בשכחה, ואדרבה – נטילתו תזיק לבעלים.

לית ליה למרייהו סימן בגווייהו הלכך לישבקינהו עד דאתי מרייהו ושקיל להו. ואמאי וליהוי קשר סימן, [כלומר ויטול ויכריז, תוס'] א"ר אבא בר זבדא אמר רב במקושרין בכנפיהן דכו"ע הכי מקטרי. וליהוי מקום סימן, א"ר עוקבא בר חמא במדדין כו'. הרי שמקשה וליהוי מקום סימן, ולהר"ן הרי כל המחייב ליטול היינו לצד נפילה, ועל צד נפילה הרי אין לבעלים סימן מקום [כמבואר בדף כ"ג ע"א א"ר זביד אמר רבא כו' אי דרך נפילה הרי אלו שלו, ופירש"י שם (ד"ה ברשות) וז"ל: 'דליכא למימר מקום הוי סימן, דהא לא ידע היכא נפיל מיניה'] הרי דאפי' על צד הינוח יטול ויכריז כיון שהמקום אינו משתמר לגמרי, וה"ה בוודאי הינוח.

תירוצי ר' מאיר שמחה

ובאמת המעיין בנמוק"י יראה שבא לשלול פ"י הר"ן מחמת קושיא זו, וכ"כ בחי' ר' מאיר שמחה לבאר דברי הנימוק"י.¹ וכדי לתרץ הסוגיא לשי' הר"ן ביאר ר' מאיר שמחה מהלך מחודש, דנהי דבדבר שיש בו סימן והכריז ולא באו הבעלים תהא המציאה מונחת אצלו עד שיבוא אליהו [וכמבואר בשו"ע סימן רס"ז סעיף ט"ו], מ"מ בספק הינוח ואין בו אלא סימן מקום תלינן דמה שלא באו הבעלים היינו מפני שנפל ממנו,

קושיא על הר"ן

ויש להקשות על הר"ן, דמסוגיין מוכח שאפי' על צד הינוח חייב להכריז [ומטעם שנתבאר לעיל דכיוון שהמקום אינו שמור לגמרי תלינן דבדיעבד הניחם לפי שעה, וטפי ניחא ליה לבעלים שיטלנו אדם הגון ויכריז]. דהכי איתא בגמ' אמתני' דמצא בצד גדר או אחר הגפה כו', מ"ט דאמרי' הני איניש אצנעינהו ואי שקיל להו

1 וכן הוא גם בשושנת יעקב חו"מ סי' ר"ס, וביד יוסף. אמנם בדברי משפט (סי' רס"ב) כתב דרך אחר בפי' הנמוק"י יעו"ש.

קשר סימן' והתם הכוונה היא שיכריז כדי להחזיר, ולא כדי ליטול לעצמו.

תירוץ הנתיח"מ

עוד י"ל כפי המבואר בנתיח"מ (סימן ר"ס ס"ק י"ב) בדעת הרמב"ם המובא לעיל שאפי' ספק הינוח ויש בו סימן לא יגע, דאיירי דוקא כשהוא סימן מקום, שעל צד נפילה לא ידע הסימן ועל צד הינוח אינה אבידה. ולכך מספק לא יגע דשמה הניחום

והרי אינו יודע בו שום סימן ובודאי נתייאש וא"כ הרי אלו שלו. והיינו דאקשי' וליהוי מקום סימן ויטול ויכריז, דממ"נ, על צד הינוח אינו מפסיד לבעלים משום שיודע סימן מקום, ועל צד נפילה יש למוצא בה היתר זכיה, ולכך מותר לו ליטלה לברר זכותו ע"י הכרזה. עכתו"ד ר' מאיר שמחה.

ואפשר שעצם חידושו נכון לדינא², מ"מ לא משמע לפרש הגמ' כן, דמדברי הגמ' משמע שמקשה דומיא דלעיל 'וליהוי

2 וכע"ז כתב האבן האזל (בפי"א מהלכות גזו"א ה"ו), במצא בעיר שמחצה ישראל ומחצה עכו"ם שחייב להכריז מספק, מ"מ אם הכריז ולא בא ישראל זמן רב יכול ליטלו לעצמו. ועוד יש ליישב עפ"י דברי הש"ך (סימן ר"ס ס"ק י"א) שכתב וז"ל בתו"ד: "ונראה דאם השכירו לאחרים ובעה"ב דר שם עמהם, נוטל ומכריז בדבר שיש בו סימן אפי' העלה חלודה" ע"כ. וקצת קשה הלשון נוטל ומכריז, דמשמע שאם בא אחר שאינו בעה"ב ונתן סימן יחזירנו לו, וזה אינו דכיון שהעלה חלודה ודאי נתייאש, ורק הבעה"ב אינו מתייאש מחפציו אפי' העלה חלודה בדבר שיש בו סימן, וא"כ הו"ל להש"ך למימר שיחזיר לבעה"ב. אבל לפי מה שחידש ר' מאיר שמחה דשייך הלשון 'נוטל ומכריז' גם לקולא, כלומר שהמוצא יכריז כדי לברר שכבר נתייאשו הבעלים והרי אלו שלו, אפש"ל דה"ק הש"ך: יטול ומכריז, ואם לא יידע בעה"ב סימן על כרחך שמשוכר קדום נפל וכבר נתייאש דהא העלה חלודה. [וי"ל דברי הש"ך באופ"א, עפ"י מש"כ החלקת מחוקק (אבהע"ז סי' כ"ח סק"א) שהמוצא אבידה ונטלה ע"מ להשיבה כי סבר שעדיין לא נתייאשו הבעלים חייב להחזיר, דחשיב באיסורא אתי לידיה. ולפי"ז הכא נמי, כיון שהמוצא חשב שהוא של בעה"ב ובפועל התברר שאינו שלו, הרי זה אינו יכול ליטלה אע"פ שהתברר שאינו של בעה"ב. והכא עדיף מהאי דהחלקת מחוקק, דהתם איירי שטעה המוצא וחשב שלא נתייאשו הבעלים - ובאמת נתייאשו ובהיתר גמור בא לידו, אבל הכא בש"ך הרי מדינא הו"ל לתלות בבעה"ב שלא נתייאשו ובאיסורא אתי לידו, ובזה ודאי אפשר דלא אמרין שנתברר למפרע שבהתירא אתי לידו. ועי' בהגהות אמרי ברוך אבהע"ז שם שצ"י להש"ך (תו"מ שני"ג סק"ד) שמשמע כהחלקת מחוקק. [ויש לדחות] וע"ע להנ"ל בהגהותיו ע"ס בית מאיר שם, שהביא משיטמ"ק בשם הראב"ד כסברת החלקת מחוקק, אבל באמת רבו הקושיות על החלקת מחוקק מכו"כ דוכתי ואכמ"ל.

עוד יש ליישב באופן נוסף, דהכא אפי' השוכרים אינם מתייאשים, שיודעים שהמוצא יתלה בבעה"ב כיון שדר שם עם השוכרים ולא יטלנו לעצמו, ולכך חייב להכריז ולהחזיר למי שנותן סימנים. ושוב מצאתי סברא זו בזקן שמואל (טוחו"מ סי' רס"ב ו', הובא בילק"מ מהר"ו המאור) שהקשה עמ"ש הטור שאם אינו יודע ממי מהם נפל, אם יש בו סימן יכריז ביניהם ואם אין בו סימן יהא מונח עד שיבוא אליהו. ועיי"ש שהק' ולמה יכריז, נשאלה את פיהם, אי שותפין הן יחזיר לשלשתן, ואי אינם שותפין הרי אלו שלו אפי' ביש בו סימן כרב נחמן, ותיריך דאפשר דס"ל להטור דאפי' אינם שותפין אינו מתייאש, שהאובד סובר שהמוצא יתלה בשותפין וישאלם והם יודו שאינו שלהם, עיי"ש.]

ויטול ויכריז". ע"כ. הא קמן דס"ל להר"ן
דספק הינוח יטול ויכריז לכתחילה.

מהלך חדש לתרין דברי הר"ן

ונראה בעז"ה לומר, דשאני ספק הינוח
מודאי הינוח אפי' על הצד הינוח,
וכמו שנבאר בראיות כדלהלן. כלומר, הגם
דס"ל לר"ן שבדרך הינוח אין זו אבידה
שמוזהר עליה ואפי' אם המקום משומר רק
קצת וכדלעיל, היינו רק בהינוח גמור שאין
להסתפק בו שמא נפל והרי הוא שמור לדעת
בעליו, שכל רואהו אומר ודאי הבעלים
הניחום כאן לפי שעה וניח"ל בהנחה זו,
ומשו"ה לא יגע בהן. משא"כ בהינוח שיש
להסתפק בו אולי דרך נפילה בא לכאן אזי
ההנחה גופה הנחה רעועה היא, דאמרינן
שאילו הוי ידע הבעלים שיסתפקו המוצאים
בהנחתו אולי הוא דרך נפילה לא היה מניחן
שם, אלא במקום שיאמרו המוצאים ודאי
שמונח לדעת הבעלים. אלא שטעה הבעלים
וסבר שלא יתלו בנפילה, וניח"ל לבעלים
שיטלנו אדם הגון ויכריז.

ויש לומר עוד באופן פשוט, דבהינוח של
ספק חושש הבעלים שמא יבוא אדם
שאינו הגון ויורה היתר לעצמו דרך נפילה
הוא, ויטלנו כיון שאין בו סימן, ולכך יש
תועלת לבעלים אפי' על צד הינוח שיטלנו
אדם הגון ויציל אותו מבית הספק ע"י הכרזה
והחזרה³.

הבעלים, וכשיבואו לקחתם ויראה שאינם
שם יתייבש מהם, ונמצא זה גרם לו
להתייבש ולהפסידו. אבל כשיש סימן בגופו
כגון קשר מודה הרמב"ם דיטול ויכריז,
דשמא דרך נפילה היא וחייב להכריז, וכי
משום שמא הינוח הוא ומטריח הבעלים
לרדוף אחריה יעבור על לאו דלא תוכל
להתעלם. ועי"ש שמפרש קושיית הש"ס
'וליהוי מקום סימן' דהיינו בעבר ונטלו, אבל
לכתחילה לא יטול. וגם מש"כ הרמב"ם 'ואם
הם קבועין במקומם יכריז בסימן מקום' היינו
בעבר ונטלן. והשתא מצינן לפרש הסוגיא
בהכי גם אליבא דהר"ן.

אלא שגם פי' זה אינו מרווח וכמש"כ לעיל
להקשות על ר' מאיר שמחה, דלפי"ז
נמצא דקושיית הגמ' ולהוי מקום סימן לא
הוי דומיא דקושיא דלעיל ולהוי קשר סימן,
דמקודם מקשה שאפי' לכתחילה יטול
ויכריז, ואח"כ מקשה אדיעבד, והכתוב לא
בא לסתום אלא לפרש.

ועוד שבר"ן אי אפשר לפרש כן, שכתב שם
בד"ה נמצא כלל אבידה וכו' וז"ל:
"ומיהו ספק הינוח בדבר שאיב"ס דלא יטול
לא משכח"ל כיון דקי"ל מקום הוי סימן
אלא בגזלות המדדין ודכוותיהו, אבל
במידי אחרינא לא, דמקום הוי סימן. דאי
בנפילה באו שם ליכא סימן כלל ושליו הם,
ואם בהנחה הרי יש בהם הרי יש בהם סימן

3 דומה לזה כתב הרא"ש ריש פירקין (סימן א') לגבי כריכות ברה"ר דרך הינוח, דלאו כו"ע ידעי דספק

תירוץ כע"ז בפן נוסף

עוד יש לחלק בעיקר ההינוח בין ספק לודאי, עפ"י מה שייסדו האחרונים⁴ מתוס' ב"מ (דף ו'. ד"ה ספק מלוה ישנה), וז"ל התוס': "אבל גזלן ודאי וכופר בפיקדון אין להכשיר מטעם שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו" ע"כ. ויעוי' חי' הרי"מ (בבא קמא דף ק"ב). שכתב וז"ל, "והנה תוס' פ"ק דב"מ ו'. ד"ה ספק, כתבו אהא דלא אמרינן מיגו דחשוד משום ספק מלוה ישנה, והקשו כופר בפיקדון אמאי פסול, שמא ספק מלוה ישנה. ותירצו כיון דודאי גזלן לפנינו ומבורר, אין ספק מוציא מידי ודאי להכשיר משום שמא ספק מלוה ישנה כו'. ואף דהא לענין שבועה ג"כ ודאי, דממ"נ, אי אמת א"צ לישבע ואי שקר ודאי גזלן ואין ספק מוציא כו'. ועל כרחק כיון שאין מבורר בודאי לפני הבי"ד, אף אי באמת כן ממ"נ לא שייך אין ספק מוציא כו', דהא גם זה אינו ודאי אף דשייך ממ"נ כו' ע"כ.

ובקובץ שיעורים (בבא קמא אות נ"ג) הסביר הדברים וז"ל, "ביאור הדבר, דהך חששא שמא מלוה ישנה יש לו היא

חששא רחוקה, וע"כ בכופר בפיקדון וכן בגזלן דמעשה הפוסלו לפנינו אי אפשר להכשירו מפני החששא הזאת, דאין ספק מוציא מידי ודאי. אבל לעניין שבועה אין לפנינו דבר הפוסלו שהרי אפשר שטוען אמת, אלא שבאנו לסלק השבועה מטעם ממ"נ, דאם טוען אמת אי"צ שבועה ואם טוען שקר הוא חשוד ואי אפשר להשביעו, על זה אמרינן דאין כאן הכרח דהא אפשר במציאות צד שלישי שאין טענתו אמת ומ"מ אינו חשוד, אף שהיא מציאות רחוקה דאי"צ לחוש לה. ומ"מ סגי בזה לבטל ההכרח מהממה נפשך". עכ"ל.

הכלל העולה מדבריהם הוא, דכשהדבר ברור לפנינו לא חיישינן למילתא דלא שכיחא, אלא נקטינן כהסתמא שאנו רואין לפנינו שבאמת הוא כך. אבל כשאין דבר ברור לפנינו אלא מכח חששות אנו קובעין היאך לנהוג, אזי חוששין גם לשאר חששות שבדרך כלל אין חוששין להן, כיון שהמציאות אינו מונח לפנינו ואפי' הצד השכיח הוא רק מכח אומדן דעתינו, א"כ מכניסים את כל האפשרויות לדון עליהם⁵.

הינוח וכ"ש ודאי הינוח לא יטול, ושקלי להו, ומשו"ה מייאש הבעלים נפשיה [ויעויין באולם המשפט סימן רס"ב סעיף י"ב מש"כ עפ"י הרא"ש]. אלא שהרא"ש כתב מכח זה דהוי יאוש והרי אלו שלו, דאיהו איירי במקום שאינו משתמר כלל והחשש קרוב שיקרה, אך בנידו"ד איירי במקום המשתמר קצת ואפשר שיחזור הבעלים קודם שימצאנו אדם קל דעת, וגם מחמת שהמקום משתמר קצת, רוב אנשים אינם מורים היתר [על צד הינוח] ובודאי אינו מתייאש, ומ"מ אהני ביה חשש בעליו להשוותו אבידה [אע"ג שהוא חשש רחוק].

4 עיין קצוה"ח (סימן כ"ח ס"ק ח') שביאר לפי"ז דין השו"ע שם, ועיין עוד חי' הרי"מ שם עוד מזה [ועי' נתיב"מ סי' ל"א סק"א].

5 שוב הראוני כסברא הזאת במחנה אפרים בהגהותיו על הרמב"ם (פי"ד מהגוז"א ה"ח) וז"ל: "לח"מ, ולשונו קשה במש"כ בד"א בידוע שהן שותפין כו'. נ"ב, בידוע שהן שותפין אוקימנא ממונא בחזקתייהו ולא

חדא דא"כ איך יסתום רבינו [הטור] לכתוב או שהוא ספק כו' היפך דעת הרא"ש אביו, ועוד דאין דרך הרא"ש לכתוב נגד דעת התוס'. גם הרמב"ן והרשב"א לא ס"ל הכי אלא במקום המשתמר קצת, אבל משתמר לגמרי לעולם לא יגע כמ"ש המ"מ פט"ו דגזו"א" וכו'. היינו שהיה סלקא דעתיה לדרישה לפרש בדעת הרא"ש דבספק הינוח אפי' במקום המשתמר לגמרי יטול ויכריז, ורק ודאי הינוח לא יגע. ולכאורה תמוה מה הסברא בזה, כיון שעל צד הינוח אינה אבידה ועל צד נפילה אין בה סימן והרי אלו שלו. על כרחך כמ"ש"כ לעיל, דעצם המצב של ספק הינוח משווי לה אבידה.

ואי תידיחי, שהדרישה מיירי בדבר שיש בו סימן בגופו דוקא, שבזה שייך להכריז גם על צד נפילה, אבל בסימן מקום לא עלה על דעת הדרישה לחלק בין ודאי הינוח לספק הינוח, זה אינו, דהא הרא"ש כתב אח"ז שאם עבר ונטלן והוליכו לביתו לא יחזירנו, דשמא בא הבעלים בינתיים וכיון שלא מצאוהו לא ישובו עוד, ולכן יכריז ויתן הבעלים סימן בגופו או במקום. הרי

ולפי"ז יש ליישב דברי הר"ן, דנהי דכל דרך הינוח אין חוששין ששכח אפי' במקום המשתמר קצת, היינו דוקא בודאי הינוח דמחזקין לה שעודנו מונח מדעתו כמו שהיה בשעת הנחתו ולא שכחן. אבל כשאין יודעים בודאי שהונח שם ושמא דרך נפילה בא לשם, ורק חוששין שמא הונח מדעת, אזי אנו חוששין עוד שאפשר נמי שאחר שהניחם שכחן כיון שאין ההנחה עומדת לנגד עינינו, ומשום הכי נעשית אבידה אפי' על צד שהונח. שכל שאין ההינוח ברור לפנינו שם אבידה עליה, ולכך בספק הינוח מודה הר"ן שיטול ויכריז אפי' בסימן מקום.

ראיות להנ"ל

א. ולכאורה הדברים מפורשים בדרישה (סימן ר"ס סעיף י') ד"ה המוצא דבר במקום המשתמר וכו' והנלע"ד פשוט וכו', וז"ל: "אבל אין לומר דס"ל להרא"ש דאפי' במקום המשתמר, דוקא ודאי הינוח לא יטול, אבל ספק הינוח יטול ויכריז דהיינו אבידה שחייבה תורה להיזקק לה ליטול ולהכריז,

מחלו, אבל באין ידוע אמרינן שמא מחלו כיון דליכא חזקת שותפות. עכ"ל הגהת המחנ"א. פי' הדברים, דשם כתב הלח"מ שמלשון הטור משמע דבידוע שהן שותפין אמרינן שאין בה שו"פ לכל אחד ואחד, ובסתמא [כשאין ידוע] אמרינן שיש שו"פ לאחד. דאפי' אם תמצוי לומר שהן שותפין, שמא אחד מחל חלקו. ותמה הלח"מ דהא כמו כן יש לחשוש שמא מחל אחד לחברו בידוע שהן שותפין מבשאיין ידוע שהן שותפין, דהך חששא אינה תלויה בידיעתנו אם הם שותפים או לא. [ובסמ"ע תירץ שכוונת הטוש"ע בידוע שהן שותפין היינו שעדיין הם שותפין, כלומר שידוע שלא מחל אחד חלקו] אבל המחנ"א תירץ שכשידוע שהן שותפין מוקמינן אחזקה שעדיין הם שותפין, משא"כ כשאין ידוע שהן שותפין אלא שבאנו לחשוש לשותפין א"כ יש לחשוש עוד שמא אחד מחל חלקו. והיינו כנ"ל, דכשאין הדבר ברור לפנינו אנו חוששין לעוד חששות אחרות שבסתמא אין חוששין להן.

שהרא"ש איירי גם כשיש רק סימן מקום, וע"ז קאי הדרישה וסלקא דעתיה דבספק הינוח יטול ויכריז, וכסברא הנ"ל⁶.

ב. עוד יש להביא ראייה לזה ממה שכתב הטור (והשו"ע סימן ר"ס סעיף ז') "מצא תבואה במקום הגורן שדשים בו התבואה וכו', אבל אם הקב מפוזר בפחות מארבע אמות, או יותר על קב בארבע אמות לא יגע בהן עד שיחזרו בעליהם ויטלו. וחצי קב בשני אמות וקביים בשמונה אמות, קב שומשמן כו' מיבעיא אי שרי ליטלן או לא ולא איפשיטא, ואסירי". וכתב ע"ז בפרישה, "וכ"כ הרא"ש ז"ל. וכיון דלא איפשיטא ספיקא דאורייתא לחומרא וחייב להכריז⁷, אבל הרמב"ם בפט"ו כתב 'לפיכך לא יטול ואם נטל אינו חייב להכריז' ע"כ. הרי שלפי הטור בספק חייב להכריז, ובודאי הינוח [היינו יותר מקב בד"א או בפחות מד"א] לא יגע בהן. והוא תימה שספק יהיה חמור מודאי, שהרי בספק יש למוצא צד קל אולי נתייאשו הבעלים והרי אלו שלו, ועכ"ז נידון בחמור ליטול ולטרוח ולהכריז להשיבה לבעלים.

אלא שלפי מש"כ ביישוב דעת הר"ן י"ל גם בדעת הטור, [להפרישה] דיותר מקב וכדו' שודאי יחזרו הבעלים ליטלן אין עליהן שם אבידה כלל, משא"כ בכל הני ספיקות אי מתייאשים הבעלים או לא, אזי עצם מצב הספק משווה אותו אבידה, שאין החפץ בטוח לבעלים כשיש עליו ספיקות, וכנ"ל.

אלא שלכאורה יש להקשות על זה, דמדוברי הר"ן מוכח שלא ס"ל כן, דהא כתב בד"ה ונהוי קשר סימן וז"ל: "הילכך כי מקשינן הכא ונהוי קשר סימן משום דאיכא למימר דרך נפילה הוא דמקשי' הכי", ע"כ. ובד"ה נמצא כלל אבידה בתו"ד כתב עוד וז"ל, "אבל יש בו סימן יטול, וכדמקשינן ונהוי קשר סימן", דכיון דאפשר דדרך נפילה הוא והרי הוא ומועיל לבעלים בנטילתו. ואי דרך הנחה הוי אפ"ה אינו מפסידים" וכו' ע"כ. ואי נימא דבספק הינוח מודה הר"ן שיש תועלת לבעלים בנטילת המוצאו ובהכרזתו אפי' על צד הינוח וכמשנ"ת, הוי ליה לר"ן למימר שקושיית הגמ' ונהוי קשר סימן הוא ג"כ על צד הינוח, כיון שהינוח גרוע כזה שיש בו ג"כ צד נפילה הוי אבידה

6 אלא שברעק"א (דו"ח ב"מ כ"ג.) נראה שהבין כוונת הדרישה רק בדבר שיש בו סימן בגופו, אבל בסימן מקום לא היה ס"ד להדרישה שבספק הינוח יטול ויכריז טפי מודאי הינוח, עיי"ש, וצ"ע.

7 לולא מש"כ הפרישה אין ראייה, דמש"כ הטור ולא איפשיטא ואסירי יש לפרש דלא יטול, כמו ביותר מקב שהדין בו לא יטול. ומדברי הרא"ש לבר ג"כ אין ראייה, דנהי שכתב בפירוש בהנך ספיקות חייב להכריז, הרי לא גילה דעתו מה הדין ביותר מקב וכדו' אי חייב להכריז או לא יטול כמש"כ הטור. אלא שדברי הפרישה מסתברים, דאל"כ יהיה הטור דלא כאביו הרא"ש והוי ליה להטור לפרש ולא לסתום, אם כי שבקיזור פסקי הרא"ש השווה הטור לשונו, שכתב ז"ל: בפחות מד' אמות אינן שלו, חצי קב בשתי אמות קביים וכו' אינן שלו. ומשמעות דבריו שדין אחד להם, וצ"ע. [ומהרמב"ם נמי אין להוכיח כפרישה, דס"ל בשניהם, בין ביותר מקב בד' אמות ובין בהנך דבעיין ועלתה בתיקו, דלא יטול.] ודו"ק.

גם אי היה באמת הינוח, ומדקאמר שמקשינן על צד שהיה דרך נפילה על כרחך ס"ל שעל צד הינוח אין זו אבידה כלל אפי' בספק הינוח.

ובאמת אין זה קושיא, דהרי כל משנ"ת לעיל דספק הינוח הנחה גרועה היא מפני שיש בו צד נפילה, היינו באופן שעל צד נפילה הוי דבר שאין בו סימן והרי הוא של מוצאו, ולפיכך אפי' על צד הינוח יש בו גריעות לבעלים. אבל היכא שגם על צד נפילה יש בו סימן והמוצאו חייב להכריז,

א"כ בצד הינוח אין שום גריעות, שהרי גם על צד נפילה אין זה של המוצא. [ומה שהעוברים ושבים יתלו בנפילה ויטלו ויכריזו אין זה גורם לבעלים לחשוש על הינוחו, ורק באופן שהעו"ש יטלו את האבידה לעצמם חושש הבעלים על הינוחו] ומשו"ה לא מצי הר"ן לומר שקושיית הגמ' ונהוי קשר סימן היינו אפי' על צד הינוח, דהא קשר הוי סימן גם אי דרך נפילה הוא, ובכה"ג צד הינוח אינו הינוח גרוע, ורק משום צד דרך נפילה שייך להקשות ונהוי קשר סימן ויטול ויכריז.

הרב שלמה בריזל

בדין אבידה בדרך הינוח

במתני' (ב"מ כה:): "מצא אחר הגפה או אחר הגדר גוזלות מקושרין או בשבילין שבשדות הרי זה לא יגע בהן". ומבואר בגמ' שאם יש בהם סימן הרי זה חייב להכריז, ורק באופן שאין בהם סימן הרי זה לא יגע בהן. ומסיק בגמ' דאיידי במדדין והוי ספק הינוח, ובספק הינוח הדין הוא דלא יגע בהן ואם נטל לא יחזיר.

והנה מבואר בראשונים שיש ג' חלוקות של מקומות בדין דרך הינוח באבידה: מקום המשתמר לגמרי, מקום המשתמר קצת, מקום שאינו משתמר כלל. וחלוקין הם בדיני, במקום שאינו משתמר כלל דינו כמו אבידה בדרך נפילה שאם יש בה סימן חייב להכריז ואם אין זה סימן הוי הרי אלו שלו. ובמקום המשתמר לגמרי אפי' אין בו סימן הרי זה לא יגע בו. ובמקום המשתמר קצת אם אין בו סימן הרי זה לא יגע בו, ואם יש בו סימן בספק הינוח הרי זה חייב להכריז. ובוודאי הינוח נחלקו הראשונים, האם נוטל ומכריז או יניח. ונראה לבאר בסברות מח' הראשונים בסוגיא זו, ובתוכו יבואר גם הדין שאם נטל לא יחזיר ומה שנחלקו הראשונים בזה, ואח"כ נבוא לבאר בעזה"ת דברי הרמב"ם המחודשים בסוגיא זו ומה שדנים האחרונים בדבריו.



ביאור וגדר "דרך הינוח" האמור בסוגיין

נראה להקדים כהקדמה לסוגיא זו, וכן מתבאר בדברי הריטב"א לעיל ברף כג. (בד"ה ואסיקנא), דבעצם איכא ב' סוגי דרך הינוח. יש דרך הינוח שאדם הניח את החפץ בכוונה במקום מסוים ע"מ שיישאר החפץ במקום זה, שכך החליט להחזיק חפץ זה. ויש עוד דרך הינוח, והוא שלא הניח את החפץ כדי להחזיקו ולהצניעו שם, אלא שבא

דרך שכחה, והיינו שהניחו רק לשעה כדי לעשות עסקיו ושכח לקחתו.

והנה האופן הראשון, שהניח מדעת כדי להחזיקו שם, הרי בעצם פשוט שאין זה אבידה כלל ולא שייך בזה דיני השבת אבידה, דהרי הוא החליט מדעתו להניח ולהחזיק את החפץ במקום זה, ואפי' אם מועיל לו לבעלים אם יגביה ויטול את האבידה מ"מ הרי זה לא יטלו, דהרי אין זה

מח' הראשונים בדין ודאי הינוח במקום
המשתמר קצת

כאמור נחלקו הראשונים בדין ודאי הינוח
במקום המשתמר קצת ויש בו סימן,
האם הוא נוטל ומכריז או דלא יגע בהן.

שיטת התוס' - בתוס' (ב"מ כה: ד"ה אחר
הגפה) איתא דאיכא ג' חילוקים
בדרך הינוח; מקום המשתמר לגמרי, מקום
המשתמר קצת ומקום שאינו משתמר לגמרי.
במקום שאינו משתמר כלל דינו ככל אבידה
דאם אית ביה סימן חייב להכריז ואם אין בו
סימן הרי אלו שלו, במקום המשתמר לגמרי
אפי' אם יש בו סימן הרי זה לא יגע בהן,
ובמשתמר קצת תלוי הדבר, אם יש בו סימן
חייב להכריז, ואם אין בו סימן הרי זה לא
יגע בהן ומזה איירי בסוגיין.

שיטת הר"ן והרשב"א - הר"ן חולק על
תוס' וס"ל דאף במקום שמשתמר
קצת הרי זה לא יגע בהן אפי' אם יש בו
סימן, והא דאמרינן הכא בסוגיין דאם יש בו
סימן הרי הוא נוטל ומכריז – היינו רק בספק
הינוח, וכלשונו שכתב דהא דבדואי הינוח
אינו נוטל כלל אפי' ביש בו סימן היינו
טעמא "כיון שאין זו אבידה שמוזהר עליה
כלל" [משום דהוי ודאי הינוח], ורק בספק
הינוח כיון דאיכא גם צד דהוי אבידה נוטל
ומכריז ביש בו סימן. וסברת שיטת התוס'
מתבאר מתוך דבריהם (בד"ה ואם) דהוא
משום דבמקום המשתמר קצת אע"ג דהוי

אבידה, דהא הוא החליט להחזיקו כך, ואין
להתערב לאדם בנכסיו כדי להטיב עמו
ולהחזיק את החפץ במצב יותר טוב ממה
שהוא החזיקו. וזהו בין דאית ביה סימן ובין
דלית ביה סימן [חוץ ממקום דאיכא יאוש,
דבזה אם ליכא סימן הרי הוא מתייאש והוי
הרי אלו שלו, וכדלקמן] ולכאורה הוא הדין
אפי' אם יש צד שהבעלים שכח מזה, דמ"מ
מכיון שהוא החליט להחזיק כך את החפץ
ולהצניעו באופן כזה לא שייך לומר דכיון
ששכח מהחפץ הרי זה אבידה, שהרי זה כמו
שנאמר שיש מצוות השבת אבידה בחפץ
שהצניע אדם בביתו ושכחו.

וכל זה ששייך ליטול בדרך הינוח הוא רק
באופן השני של דרך הינוח ששכח
הבעלים מן החפץ, שאכן הניחו כך מדעת אך
לא היה בדעתו להחזיק כך את החפץ.
ומבואר בריטב"א דכל הנידון שאנו דנין
דתלוי אם המקום משתמר לגמרי או משתמר
קצת, הוא רק כדי לדעת באיזה סוג "הנחה"
איירי, שהרי כשמוצא אדם חפץ ורואה על
זה דהוי בדרך הינוח לא שייך להבחין באיזה
סוג הנחה היה, [והיינו אם הוי הנחה מדעת
להחזיק את החפץ שם, או דהוי הנחה בדרך
שכחה], ולכן במקום שמשתמר לגמרי הרי
זה פשוט שהבעלים הניחו שם מדעת כדי
להצניעו ולהחזיקו שם, ומש"ה אפי' אם יש
בו סימן הרי זה לא יטול. משא"כ במקום
שאינו משתמר כלל תלינן דהבעלים הניחו
ושכחו שם.

שיש בו סימן, שאם יטלנו יהיה ברשותו ג"כ משתמר ואינו משתמר, משום דכיון דודאי הינוח הוא ואין זו אבידה שמוזהר עליה אינו רשאי ליטלה ממקום משתמר ואינו משתמר שהניחוהו הבעלים לדעתם, ולהניחה במקום אחר משתמר ואינו משתמר דהיינו רשותו של מוצא. עכ"ל. ומפורש בדבריו דאבידה בדרך הינוח לא הוי אבידה שמוזהר עליה כלל, והיינו דלא חיישין לשכחה.

ויש להעיר בדברי הר"ן שמוסיף דהמוצא אינו מרוויח ומיטיב כלום עם הבעלים משום שבירו של המוצא הוי ג"כ רק משתמר קצת, דלכאורה תמוה, דאם ס"ל להר"ן דבדרך הינוח לא הוי אבידה כלל ולא חיישין בזה לשכחה, א"כ אפי' אם היה מיטיב לבעלים ע"י הגבתו לא היה חייב כלל להגביהו, שהרי הבעלים הוא שהניחו שם מדעתו ואמרינן דודאי לא שכח את חפצו. וא"כ אפי' במקום שיכול להיטיב לבעלים ע"י שיניחהו במקום המשתמר לגמרי ולא רק משתמר קצת, ודאי שאינו חייב לעשות כן - דהא אין זה אבידה כלל, שהרי הבעלים יודעים מחפצם וניחא להו שהחפץ יהיה במקום זה שהם עצמם הניחוהו שם.

ושמעת מדידי הר"ר יוחנן בריזל שליט"א ליישב בזה, דאכן ודאי היה פשוט להר"ן דלא שייך כלל לחייב השבת אבידה בדרך הינוח, כיון דלא חיישין לשכחה וכמו שהר"ן עצמו כתב דאין זה אבידה שמוזהר

ודאי הינוח מ"מ חיישין לשכחה, ולכן אם יש בו סימן אמרינן שיטול ויכריז, דהרי איכא צד שכחה. ופשוט מסברא שאין כוונתו לומר ששכח האדם שהניחו שם, דאם הניח אדם חפץ מדעת בדרך הינוח אין אנו אומרים ששכחו. אלא הצד שכחה הוא שמלכתחילה הניחו שם רק לזמן מועט שעמד לפוש וכדו' ושכחו לקחתו, וכנ"ל.

אולם הרא"ש (סי' ה) מפרש בנוסח אחר קצת את החשש שכחה וז"ל, "אבידה היא שחייב בהשבתה, כי הבעלים הניחום שם לפי שעה ולשוב לקחתו ובמקרה לא יכלו לקחתו מיד", והיינו דלא חיישין כלל לשום שכחה, אלא דאיכא חשש שמשום איזה מקרה אין הוא יכול לשוב לקחתה.

ויש לדון בסברת הר"ן והרשב"א שחולקים על תוס' וס"ל דבודאי הינוח לא יטול אע"ג שיש בו סימן [במקום משתמר קצת]. ובפשטות הסברא הוא משום דס"ל דליכא חשש שכחה במקום המשתמר קצת, ולכן לא יגע בהן שהרי ודאי ישוב הבעלים לקחתו - דלא תלינן לומר ששכחו, וזה מה שנחלקו תוס' והראשונים אם חיישין לשכחה בדרך הינוח במקום המשתמר קצת, וכן מבואר להדיא בדברי הנתיבות (בסי' ר"ס ס"ק יב בד"ה ולפ"ז).

וכן הוא גם לשון הר"ן שכתב וז"ל: "אבל בודאי הינוח, כיון שאין זה אבידה שמוזהר עליה כלל, אע"פ שהניחו במקום המשתמר ואינו משתמר לא יטלנו ואע"פ

ליטלו ולהכריז ואיכא מידת חסידות בזה, משום דסו"ס הוא מיטיב לבעלים, דהרי אשפה זו עבדי דממלכי בעליה ומפנין אותו. והגם שהניח חפץ זה מדעת שסמך על זה שהוא יבוא ויטול את שלו לפני דממלכי בעלים לפנות את האשפה, מ"מ איכא מידת חסידות אם הוא יכול להיטיב לבעלים, ואפי' שאין זה נחשב כאבידה כלל.

ואולם אפשר לפרש בדעת הראשונים דבעצם מודים לתוס' דאיכא צד שכחה אף בודאי הינוח, אלא דס"ל דאפי' אי איכא צד שכחה מ"מ לא יגע בהן, משום דעדיפי לבעלים שהחפץ יישאר במקומו ולא יטלנו אדם אחר ואפי' שיש בו סימן. דאע"ג שיש צד שכחה באופן זה מ"מ הואיל ובודאי הוא בדרך הינוח תלינן שייזכר הבעלים היכן הניחו וישוב לקחתו, ומשא"כ אם יטלנו אפשר שלא ישוב אליו.

מח' הראשונים בדיון אם נטל לא יחזיר

ומדאתינן להכא נבוא השתא לבאר דין דאם נטל לא יחזיר. אמרינן בגמ' דהגם בדרכי הינוח לא יטול אולם אם נטל הרי זה לא יחזיר, ובטעם הדבר איכא כמה מהלכים בראשונים.

שיטת רש"י - הטעם דלא יחזיר הוא משום "דליכא דיהיב סימנא", והיינו שלא יחזירנו לשום אדם דהרי איירי שאין בו סימן. וכבר הקשו הראשנים על רש"י דדבר

עליה כלל, ואפי' אם הוא מיטיב לבעלים בזה. אלא שהר"ן בא לומר דאיכא "איסור" ליטול את האבידה, דלא רק שאינו חייב בהשבתה אלא שיש לו גם איסור ליטלו, כיון שהוא אינו מיטיב עם הבעלים מאומה משום שאצלו בידו הוי מקום המשתמר רק קצת. ואיה"נ אם היה מיטיב עם הבעלים, וכגון לו יצויר שידו היתה נחשבת כמקום המשתמר לגמרי היה מותר לו ליטול את האבידה, שהרי הוא מיטיב ומועיל לבעלים. אכן 'חיוב' בזה ודאי ליכא, שהרי אין זה אבידה כלל.

ובאמת שדבר חידוש הוא, שהרי יש מקום לומר דבאופן דהחפץ לא הוי אבידה כלל ליכא שום היתר ליטול את האבידה, דהרי אין זה אבידה וכך החליט הבעלים להחזיק את נכסיו, והיאך אפשר להתערב לאדם בנכסיו אפי' אם מטיבים לו. אבל אולי י"ל דהר"ן ס"ל שאפי' אם אין זה אבידה, מ"מ יכול הוא ליטלו כדי להיטיב ולהועיל לבעלים.

והראני הנ"ל בשיטמ"ק כסברא זו בדברי הר"ן. דהנה השיטמ"ק בסוגיא דאשפה העשויה לפנות (כה: בד"ה אלא אשפה שאינה עשויה להפנות ונמלך עליה לפנות) כתב גבי אשפה שאינה עשויה לפנות וז"ל, 'אבל זה אשפה שיש לה בעלים, דעבידי דממלכי'. דאע"ג דדינו כמקום המשתמר לגמרי דאינו מחויב ליטלו אפי' ביש בו סימן - כיון דהוי בדרך הינוח, מ"מ אם הוא רוצה יכול הוא

הבעלים אסור לו להחזירו וכשיטת הראשונים. ובעצם איכא סתירה בדברי הנמוק"י אם חשבינן ליה לאבידה בודאי הינות, דמצד אחד הוא אומר דחיישינן לשכחה, ומצד שני הוא אומר דיכול להחזירה למקומו והיינו משום דלא נתחייב בהשבתה משום דאין זה אבידה כלל. ועי' לקמן בביאור דברי הנמוק"י.

והנה לכאורה יש להקשות טובא על סברת התוס', דהרי במציאות הדברים ודאי רצון הבעלים הוא שיחזירו למקומו, ואפי' שזה מקום שמשמטר רק קצת ואפי' דאיכא צד שכחה, והא ראייה שלכתחילה הדין הוא דלא יגע בהן - ואם הוא מטיב לבעלים ע"י הגבהתו היה חייב להגביהו. [והטעם בזה הוא משום דאירי הכא בדבר שאין בו סימן, וא"כ אם ישאירו בידו אין לבעלים סיכוי שיקבלה, משא"כ אם יחזירו למקומו הרי יכול להיות שייזכר היכן הניח את החפץ דהא הא איירי בדרך הינות. וביותר דהרי איכא צד שלא שכח כלל.] ועכ"פ זה פשוט שאם היה אפשר לשאול את הבעלים ודאי היה עונה שיחזירו למקומו ולא ישאירו אצלו, וא"כ מאי שייך כלל לומר דכיון שהתחייב בהשבה אינו יכול להחזיר את החפץ למקומו, והא רצון הבעלים הוא שיחזירו למקומו.

ובאמת זה שאלה גדולה, בכל שומר שהוא מחויב בהשבה הדין הוא שכל זמן שלא החזירו לבעלים אין הוא נפטר

פשוט הוא, דהא ליכא סימן והאיך יחזירונו בלי סימן.

שיטת תוס' - אפי' אם הוא עומד במקומו ולא זו משם אינו יכול להחזירו למקומו, דכיון שהגביהו הרי התחייב בשמירתה מספק, על הצד שזה אבידה, ולכן אינו יכול להחזירו למקומו.

שיטת הראשונים: הרמב"ן, הר"ן והנמוק"י (מובא בתוס') - אין להחזיר את האבידה למקומו, דחיישינן דילמא כבר באו הבעלים ליקח את האבידה ולא מצאה ושוב לא יחזרו לבקשה. אכן אם עדיין לא זו משם יכול להחזיר את האבידה, שהרי ראה שהבעלים לא באו לשם.

והנה לכאורה נראה דמח' תוס' והראשונים הוי ממש שפיר לשיטתם, דלפי תוס' בכל דרך הינות איכא נמי צד אבידה דהרי איכא צד שכחה, ולכן אפשר לומר שאסור לו להחזיר כלל את האבידה משום דנתחייב בהשבתה. משא"כ לפי הראשונים ליכא כלל צד שכחה בודאי הינות, וא"כ אין זה אבידה כלל ולא שייך לומר שנתחייב בהשבתה, ולכן יכול הוא להחזירו אם לא הלך משם דליכא חשש שכבר באו הבעלים לחפשו. וכ"כ להדיא הנתיבות בס"ק ט"ו.

אבל בנמוק"י איתא להדיא כתוס', דאפי' בודאי הינות איכא צד שכחה, ומ"מ בנטלו הוא חולק על תוס' וס"ל דאם עדיין לא זו משם יכול להחזירו, ורק אם הלך לביתו דאיכא למיחש שכבר באו לכאן

נחשב להשבה, אלא אפי' שאין זה נחשב להשבה מ"מ אין זה נחשב ל"פשיעה" בזה שהניחו במקום זה, דהרי זה מקום שטוב לבעלים שזה מונח שם, ולכן אין הוא חייב אם נאבד או נגנב החפץ וכדו', שהרי הוא לא פשע בזה שהניחו שם. אבל עדיין אין זה נחשב ל"השבה" מכיון שזה הוי שלא לדעת הבעלים.

ועכ"פ לפי"ז נראה לומר טעם אחר בשיטת הראשונים, דבאמת ייתכן דס"ל דאיכא צד שכחה בדרך הינוח, ומ"מ הוא יכול להחזירו מטעם הנ"ל, דלמעשה עדיף ליה לבעלים שיחזירו למקומו, והא ראייה דלכתחילה הדין הוא דלא יטול. ולפי"ז הרווחתו הרווחה גדולה בדברי הנמוק"י, דהנה יש שנתקשו בשיטת הנמוק"י (עי' בחידושי ר' מאיר שמחה על הש"ס ב"מ כו.) שמצד אחד ס"ל כתוס' דאף בודאי הינוח איכא צד שכחה, ומ"מ חולק על תוס' לגבי הדין השני שאם נטל יכול להחזירו למקומו כל זמן שלא הלך משם דזהו דעת ורצון הבעלים. ולכאורה קשה שאם יש צד שכחה א"כ היאך אפשר להחזירו, והא נתחייב בה מספק בחיוב השבת אבידה. ולפי הנ"ל מיושב שפיר, שאפי' שיש צד שכחה ואפשר שנתחייב בשמירתה, מ"מ עדיין יכול להחזירו למקומו משום שזהו רצון הבעלים.¹

ובשיטת התוס' דס"ל שאי אפשר להחזירו אפי' שאנו יודעין דעדיפא ליה

משמירתה. וזה פשוט שאם אומר לו הבעלים להחזירו למקום מסוים הרי זה מיקרי השבה, שהרי הבעלים הסכימו לכך וזה לדעת בעלים, ואולם יש לדון באופן שאנו יודעים בברור שהבעלים רוצים שהוא יחזירו למקום מסוים וזה עדיף לבעלים יותר מאשר שישאירו אצלו, אבל אין הבעלים בפנינו שנוכל לקבל את הסכמתו לזה, האם יכול הוא להחזירו למקום זה שלא מדעת הבעלים, והאם נחשב דבר זה כ'השבה לבעלים'.

והנראה לומר, דלכאורה פשוט שהמוצא יכול להחזירו למקום זה שאנו יודעין, ואיכא לזה אומדנא דמוכח שהבעלים מעדיפים שיחזירו לשם - אע"ג שלא אמר לו הבעלים להחזירו לשם. דהרי זה שאפשר להחזיר באופן שהבעלים מסכימים לזה להדיא אין זה חלות שהבעלים הפסיקו את השמירה והאחריות של השומר, אלא שההפסקה של השמירה זה ההחזרה למקום מסוים, והסכמת הבעלים עושה שזה ייחשב שהוא החזיר לו את החפץ. וא"כ מתעצמת הקושיא הנ"ל, אם יש אומדנא דמוכח שהבעלים מסכימים ורוצים שיחזירו למקום מסוים א"כ אמאי אין זה נחשב השבה, והא החזיר את החפץ למקום שהבעלים רוצים ומסכימים לזה, ואמאי בעינן הסכמה לזה בפועל מרצון הבעלים.

ושמעתי לומר בזה טעם, דאין זה כמו שנתבאר עד עתה משום שזה

1 אבל לשון הנמוק"י קצת תמוה בזה. דלשון הנמוק"י הוא, "כיון שמקום משתמר הוא לדעת הבעלים

שיחזירנו למקום זה, לפו"ר נראה שתוס' נחלקו על הנ"ל וס"ל דמ"מ כיון שלמעשה זה לא בידעת הבעלים אין זה נחשב להשבה ואפי' שאנו יודעים שכך הוא רצונו.

אולם נראה לומר דבאמת אף תוס' מודים דבאופן שאנו יודעין בברור ואיכא אומדנא דמוכח שהוא רוצה שיחזירנו למקום זה פשוט הוא שמקיים בזה השבה מעליא, אלא דס"ל לתוס' דהכא ליכא אומדנא זו. ואפי' על הצד שזה דרך הנחה אין הבעלים רוצים שיחזירנו למקומו, והא דקיי"ל דבכה"ג לא יגע בהן הוא משום דהוי ספק חיוב השבה, דהא על הצד שזה דרך הינוח ולא שכח הרי אין זה אבידה כלל וליכא שום חיוב השבה, ולכן מספק אמרינן שהוא אינו

חייב להגביהו. [והגם דודאי מצינו שבספק אבידה מחמירים מספק ואומרים דחייב להכריז, מ"מ זה רק בדבר שיש בו סימן, אבל הכא דליכא סימן הרי ממילא לא יועיל כלום בהגבהתו. ולכן כיון דאיכא צד שזה דרך הינוח וא"כ אין לו ליגע בהן, משו"ה אמרינן דמספק ישאירנו שם] משא"כ אם כבר נטלו אין לו להחזירו כיון דסו"ס הרי איכא צד שהוא חייב בהשבה, ולכן אסור לו להחזירו לשם כיון דעל הצד שזה אבידה הריהו התחייב בהשבה, ורק לפני הנטילה אפשר לומר דמחמת הספק הרי זה לא יגע בהן. ואכתי איכא לספוקי בהא מילתא.

והנה הרמב"ן ג"כ חולק על תוס' וס"ל דאם נטל יכול להחזיר [אם עדיין לא הלך

יכול להחזירו שם", ומשמע מזה דהא דאפשר להחזירו למקומו הוא משום שהבעלים יודעים שזה מונח במקום זה, והיינו דלא חיישינן לשכחה, דהרי אם הטעם של הנמוק"י הוא כנ"ל דאיכא אומדנא דמוכח דניחא ליה לבעלים שיחזירנו למקומו, א"כ מהו לשון הנמוק"י שאומר דהוי "משתמר לדעת הבעלים", והא באמת למעשה אין זה משתמר בפועל לדעת הבעלים, דהא איכא צד שכחה. ואולי אפשר לבאר בלשון הנמוק"י דבר נחמד, דהכא הרי איירי במקום המשתמר קצת, 'מקום המשתמר ואינו משתמר' כהגדרת הראשונים, ואין זה מקום שמשתמר בו לגמרי, ולכן ס"ל להראשונים שזה תלוי בבני אדם, שיש אנשים שזה הוי אצלם כמקום המשתמר ויש אנשים שזה נחשב אצלם כמקום שאינו משתמר. ולכן אם לא הניחו הבעלים מתחילה לא היה אפשר להחזיר את החפץ, דהא דילמא אצל בעלים של חפץ זו נחשב המקום לאינו משתמר כלל, וא"כ ליכא הרי שום אומדנא דמוכח דניחא ליה לבעלים שיניחנו שם, ואלא רק בזה שהבעלים עצמו הניחוהו שם מתחילה, ואפי' שזה היה רק לזמן קצר דהא איכא צד שזה הוי שכחה, מ"מ סו"ס אנו רואים שאצל בעלים זו נחשב המקום למשתמר. [והגם דודאי בזה שהניחו שם מתחילה ליכא ראייה שמסכים לכתחילה שיהיה שם לזמן רב, דהא הרי איכא צד שכחה וא"כ הרי הניחו שם מתחילה רק לזמן מועט, ומ"מ עדיין שפיר שייך לומר דניחא ליה לבעלים שיניחנו שם. דהרי לית ביה סימן, ויותר עדיף לו שזה יהיה במקום המשתמר קצת מאשר שזה יהיה בידו, וכדהתבאר לעיל. ואלא דכוונת הראשונים לומר שאם לא היה מניחו שם מתחילה לא היה אפשר לומר שודאי ניחא ליה לבעלים שיניחנו שם, דדילמא אצל הבעלים זה נחשב למקום שאינו משתמר כלל, ובמקום שאינו משתמר כלל ודאי לא ניחא ליה לבעלים שיניחנו שם ואפי' בדבר שאין בו סימן]. אבל עכ"פ במקום שמשתמר לגמרי מודים הראשונים שאפשר להחזיר את החפץ למקום זה אפי' שלא הניחו שם הבעלים מעולם - אם ידעין דניחא ליה לבעלים שיניחנו שם.

חפץ אינו יכול להחזירה למקום שבעליו ניחא שיהא זה שם, מ"מ הכא שאני שלכתחילה לא התחייב השבה יותר ממקום זה, והיינו דמכיון דהדין הוא שלא יטול אפי' אם נטלו ונתחייב בהשבה הרי הוא יכול להיפטר בזה שמחזירו למקום שמצאו שם, דאין השבתו מחייבתו יותר ממקום זה - שהרי הדין הוא דלכתחילה לא יטול. ודוק בזה.

בגדר אבידה במקום המשתמר קצת ומקום המשתמר לגמרי

איתא בסמ"ע דכל מקום המשתמר קצת חשיב ספק הינוח, כל מקום המשתמר לגמרי חשיב ודאי הינוח וכל מקום שאינו משתמר לגמרי חשיב ודאי נפילה.

ובאמת דגבי ודאי הינוח אין הסמ"ע מפרש דהוי ודאי הינוח משום דאיירי במקם המשתמר, אלא אומר דאיירי בטלית וקרדום בצד גדר דדרך עובדי אדמה להניח שם בגדיהם, והיינו כתיורן השני בתוס'. דהנה הרי בעצם בתוס' כבר מקשין מזה דמצא טלית בצד גדר הרי זה אסור ליגע בו אפי' שיש בו סימן, הרי בודאי הינוח במקום המשתמר קצת חייב להכריז. ובתי' א' מתרצים התוס' דשם איירי במקום המשתמר לגמרי, ובדרך הינוח במקום המשתמר לגמרי לא יגע אפי' שיש בו סימן. ובתי' ב' מתרצים התוס' דאפי' דאיירי במקום המשתמר קצת מ"מ הכא איכא סברא מיוחדת לומר דלא חיישינן לשכחה, משום דכך הוא דרכן של

משם], ומביא הרמב"ן ב' סברות לחלוק על תוס'. א' - 'שכיון שאינו מצווה מתחילה להחזירה, אע"פ שהגביה לא נתחייב בה כיון שהחזירה למקומה'. ב' - 'ועוד, שאם אין בה סימן ודרך נפילה הוא איאוש ואי דרך הנחה אף הוא לרשות הבעלים החזירה הילכך יחזיר'. (לשון הרמב"ן) והנה בדברי רמב"ן לא מבואר להדיא מאי ס"ל לגבי חשש שכחה בודאי הינוח, אם ס"ל כתוס' דאיכא צד שכחה או דס"ל כראשונים דבודאי הינוח ליכא צד שכחה. אבל לכאורה נראה פשוט דהרמב"ן ס"ל כתוס' דאיכא צד שכחה, דהרי אי הוי ס"ל כהר"ן דליכא צד שכחה א"כ אמאי הוצרך להאריך בדברים וטעמים לחלוק על תוס' דאם נטלו יכול להחזירו, והא אם אמרינן דליכא צד שכחה ליכא כלל מקום לומר שלא יוכל להחזיר את האבידה למקומו, דהרי אין זה אבידה כלל ולא נתחייב כלל בהשבתה, ואמאי לא יוכל להחזירו למקומו. אלא ע"כ דהרמב"ן מודה לתוס' דאיכא צד שכחה, ומ"מ הוא חולק על תוס' בזה דאם נטלו יכול להחזירו למקומו, ובהסבר הדבר הוא מביא ב' טעמים.

ובביאור טעם השני שאומר הרמב"ן נראה דהוי ממש כנ"ל בדברי הנמוק"י, דדעת ורצון הבעלים הוא שיחזירו למקום זה שנטלו משם [אבל עדיין לשון הרמב"ן אינו מיושב לגמרי, וכנ"ל בדברי הנמוק"י]. אך סברת הרמב"ן בטעם הראשון צ"ב, ונראה דמבואר מדבריו סברא לומר שאכן אפי' אם נאמר שאדם שנתחייב השבה על

עובדי אדמה. והסמ"ע לקח לו צד תי' ב' בתוס', והיינו דאיירי אפי' במקום המשתמר קצת.

אבל לכאורה מהמשך דברי הסמ"ע מוכח דסתם חפץ במקום המשתמר לגמרי הוא ודאי הינוח, שהרי גבי ספק הינוח כתב דהמוצא טלית במקום המשתמר קצת הרי זה ספק הינוח, ומשמע דסתם טלית במקום המשתמר לגמרי הוא ודאי הינוח. ודבריו תמוהים, שהרי גבי ודאי הינוח הוא אומר כת"ב בתוס' ולא מפרש כפשוטו דאיירי בסתם טלית במקום המשתמר לגמרי.

והנה זה פשוט דודאי איכא גם הוכחות על חפץ אי הינוח דרך הינוח ע"י זה שאנו רואים את אופן הנחתן, וכמו שמצינו הרבה סוגיות באלו מציאות ובשו"ע [וכגון הא דציבורי פירות הוא דרך הינוח אע"ג דהוי במקום שאינו משתמר לגמרי, דאם איירי במקום המשתמר קצת אמאי הוא חייב להכריז], וכן הראשונים אומרים להדיא דבודאי הינוח במקום המשתמר קצת הרי זה לא יגע בהן, אלא דס"ל לסמ"ע דבאופן דליכא ראייה על הנחת החפץ אי הוי דרך הינוח או לא והיינו באופן שזה מונח באופן שתמא, בזה אפשר לומר שגם המקום קובע אי הוי דרך הינוח או לא, דבמקום המשתמר לגמרי אמרינן דהוי ודאי הינוח, ובמקום המשתמר קצת אמרינן דהוי ספק הינוח, ובאינו משתמר כלל אמרינן דהוי ודאי נפילה. [ואולם קצת משמע מהסמ"ע בס"ק

מ"ג דבמקום המשתמר קצת אמרינן לעולם דהוי ספק הינוח, דהרי הסמ"ע אינו מוצא לאוקמא את דברי הרמב"ם דאיכא ודאי הינוח במקום המשתמר קצת רק באיכא עדים שהניחו לדעת, וקשה אמאי אינו מוקים דאיירי באופן שרואים על החפץ שזה ודאי בדרך הנחה. וצ"ב]

ובאמת יש לתמוה מהיכן לקח הסמ"ע דין זה, ומהיכי תיתי שהמקום יכול לקבוע אי הוי דרך הינוח או לא, ואמאי לא פירש הכא כפשוטו דאיכא ראייה מאופן הנחת החפץ דאיירי בדרך הינוח או בספק הינוח.

ואולם לכאורה קשה על דברי הסמ"ע בזה שאומר דבכל מקום המשתמר קצת אמרינן דהוי ספק הינוח מפשטות מהלך סוגיית הגמ', דמשמע בתירוץ הגמ' דאיירי במדדין ורק משום דהוי מדדין משו"ה איכא ספק הינוח, ומשמע מזה דאם לא הוי מדדין הרי זה ודאי הינוח, וליכא שום ספק, ולפי הסמ"ע הרי בכל דרך הינוח במקום המשתמר קצת הוי ספק הינוח.

וצריך ליישב בדוחק, דבאמת אף בהו"א כבר ידעה הגמ' דהוי ספק הינוח, דכל דרך הינוח במקום המשתמר קצת הוי ספק הינוח, אלא דכוונת הגמ' לומר דלא הוי ודאי נפילה, והיינו דאפי' דאיירי במדדין עדיין זה הוי ספק הינוח ולא הוי ודאי נפילה. אלא שלשון הגמ' קצת דחוק לפי"ז, דהגמ' מביאה מרבי אבא בר זבדא דכל ספק הינוח

שום סימן שאפשר לדעת על החפץ דאיירי בודאי הינוח. ואכתי יל"ע.

שיטת הרמב"ם והביאורים בזה

הרמב"ם בחר לו שיטה חדשה בסוגיין, והעתיקו המחבר לדינא (סעי' ט-י). ובפוסקים מבואר דאיכא ב' חידושים בשיטת הרמב"ם.

א - דבכל דרך הינוח במקום המשתמר קצת, אפי' דהוי ספק הינוח הרי זה לא יגע בו, אע"פ שיש בו סימן. ודבר זה נסתר לכאורה להדיא מדברי הגמ', דאמרין "להוי קשר סימן" והיינו דאם איכא סימן הרי הוא חייב להכריז, אע"ג דהוי בדרך הינוח [או עכ"פ בספק הינוח], וא"כ היאך אומר הרמב"ם שלא יגע בהן אם אין בהם סימן.

ולדין זה איכא כמה הוכחות ודיוקים מלשון הרמב"ם. א – קודם כל איכא הוכחה גדולה מזה שהרמב"ם אומר דאפי' נסתפק לו הדבר הרי זה לא יטול ואם נטל לא יחזיר, וודאי דהרמב"ם מייירי בדבר שיש בו סימן, דהרי בדבר שאין בו סימן ס"ל להרמב"ם שאם נטל זכה בו, ומזה שאומר הרמב"ם דלא יחזיר ע"כ דאיירי בדבר שיש בו סימן ומ"מ כתב הרמב"ם שלכתחילה לא יגע בהן. ב – עוד דיוק איכא לזה מפשטות לשון הרמב"ם, דתחילת לשון הרמב"ם הוא שבודאי הינוח [מקום המשתמר] הרי זה לא יגע בהן אע"פ שיש בו סימן, וע"ז ממשיך הרמב"ם וכותב שאפי' נסתפק לו הדבר הרי

לכתחילה לא יטול, ומשמע מזה דעד השתא לא ידעינן מהך הילכתא דרבי אבא בר זבדא.

עו"ק, דלפי"ז נמצא מוכח להדיא מהראשונים ותוס' דלא כסמ"ע בשיטת הרמב"ם, דהנה בגמ' בהו"א מבואר דאם יש בו סימן הרי הוא חייב להכריז, ואומרים הראשונים דכל זה הוא רק במדדין, אבל אם אין מדדין הוי הרי אלו שלו דהוי ודאי הינוח ובודאי הינוח במקום המשתמר קצת הרי זה לא יגע בו. ותוס' חולקין על זה משום דס"ל דאף בודאי הינוח הוי חייב להכריז כיון דמשתמר רק קצת, והנה לפי הסמ"ע לא שייכא הכא כלל מח' הראשונים, דהא אף בהו"א כבר איירי בספק הינוח, דהרי בכל סתם אבידה במקום המשתמר קצת הרי זה ספק הינוח, ואפי' בלי מדדין לא איירי כלל בודאי הינוח. וודאי דאף לפי הסמ"ע בעצם שייך מח' הראשונים, והיינו באופן דידעינן להדיא דהוי ודאי הינוח במקום המשתמר קצת, אבל הכא בסוגיין לא איירי כלל דאיכא סימן על הגוזלות דהוי ודאי הינוח, דאיזה סימן איכא ליתן בהם.

ואולי באמת אפשר לומר בדעת הסמ"ע דלא איירי הכא כלל מענין סתם אבידה, אלא איירי באופן דאיכא סימן על אופן הנחת החפץ שהוא הוי ודאי הינוח, ולפי"ז מיושב כל סוגיית הגמ'; דבאמת בהו"א ס"ל דהוי ודאי הינוח, דהא לא איירי במדדין, וגם מח' הראשונים ותוס' ניחא. אבל זה דחוק קצת, דהרי לא מבואר בסוגיין

לגבי חידושו הראשון של הרמב"ם בספק הינוח לא יגע בהן אפי' ביש בו סימן, מצינו בזה ג' מהלכים.

א – מהלך הב"י והסמ"ע הוא, דאכן זהו שיטתו של הרמב"ם דאפי' בספק הינוח לא יטול אע"פ שיש בו סימן. ועיי"ש בדבריו מה שרוצה לתרץ בשיטת הרמב"ם, דאין כוונת הגמ' לומר דאם יש בה סימן חייב להכריז, אלא הקושיא היא רק על לשון הגמ' ולא אהילכתא עיי"ש.

והנה זה פשוט דלפי הסמ"ע [והב"י] בודאי הינוח במקום המשתמר קצת הרי זה לא יגע בהן אם יש בו סימן, דהרי אפי' בספק הינוח אמרינן דלא יגע בהן ביש בו סימן, אלא שיש לדון בשיטת הרמב"ם [לפי הסמ"ע] האם חיישינן לשכחה בודאי הינוח במקום המשתמר קצת, דהנה הרי בפשטות מח' תוס' והר"ן [אם חייב להכריז בודאי הינוח במקום המשתמר קצת] הוא שנחלקו אם חיישינן לשכחה בודאי הינוח, ובסמ"ע מבואר להדיא דהרמב"ם ס"ל דחיישינן לשכחה, שכתב הסמ"ע דלפי הרמב"ם אם יש עדים שהניחוהו הבעלים בכוונה, [דלפי הסמ"ע במקום המשתמר קצת סתמא הוי ספק הינוח] הרי זה לא יחזיר את האבידה אם נטלו, משום דהתחייב בשמירתה מספק משום דחיישינן לשכחה.

ב – מהלך הט"ז הוא, דבאמת אף הרמב"ם מודה דבספק הינוח אם יש בה סימן הרי

זה לא יגע בהן. ומשמע דקאי על כל מה שהתחיל, והיינו דאפי' אם יש בו סימן הרי זה לא יגע בהן. [ג – הט"ז בתוך דבריו מביא עוד כמה דיוקים לזה מדברי הרמב"ם, דבסוף דבריו הוא אומר "וכל דבר שיש בו סימן, בין בספק הנחה ובין בדרך נפילה, בין ברשות היחיד ובין ברשות הרבים חייב להכריז". ולא אמר הרמב"ם ש"נוטל ומכריז" דמשמע לכתחילה, אלא נקט לשון 'חייב להכריז' דמשמע בדיעבד. וכן זה שמדמה הרמב"ם הדין של דרך הינוח לדין דרך נפילה, ובדרך נפילה הרי פשוט דחייב להכריז לכתחילה ומשמע דה"ה לדרך הינוח. וכן זה שאומר הרמב"ם דאם היה דבר שאין בו סימן זכה בו, דמשמע מזה שעד עכשיו לא איירי הרמב"ם בדבר שאין בו סימן].

ב - דבכל דרך הינוח בדבר שאין בו סימן הגם שהדין הוא שלכתחילה לא יטול, מ"מ אם עבר ונטלו זכה בו. ובפשטות דברי הרמב"ם הוא גם בודאי הינוח ולא רק בספק הינוח, ובדבר זה קשה היאך זכה בו, והא בודאי הינוח אין זה אבידה כלל ומה היתר יש בחפץ לקחתו, וכן בספק הינוח היאך מותר בזה והא עדיין בספק קיימא.

ורבו הפירושים והשיטות בדברי הרמב"ם, אבל באמת שאין ב' עניינים אלו קשורים זה בזה כלל, והם ב' חידושים נפרדים של הרמב"ם, ובכל אחד מהם איכא כמה מהלכים בפוסקים בביאור הדברים.

הוא חייב להכריז, והא דכתב הרמב"ם דאפי' אם נסתפק לו הרי זה לא יטול ואם נטל לא יחזיר, קאי אדבר שאין בו סימן, בדבר שיש בו סימן הרי הוא חייב להכריז כיון שיש בו סימן. ואלא זה שאומר הרמב"ם דלא יטול הגם שבכל דבר שאין בו סימן ס"ל דזכה בו, היינו משום דהרמב"ם איירי בדברים שאינם כבדים שאין בני אדם מרגישים בנפילתן, ולכן אינו יכול לזכות בהן משום דהוי יאוש שלא מדעת.

ויש לדון לפי דברי הט"ז מה סובר הרמב"ם בודאי הינוח במקום המשתמר קצת, האם ס"ל כתוס' דחייב להכריז או דס"ל דלא יגע בהן כהר"ן והרשב"א. דהט"ז איירי רק בספק הינוח דהא אמרינן שחייב להכריז, אבל לא מבואר כלום לגבי ודאי הינוח במקום המשתמר קצת, ויש להסתפק בדבר זה. [והנה הסמ"ע מביא גירסא ברמב"ם הלומד "בין בדרך הנחה ובין בדרך נפילה חייב להכריז" ולא כגירסא דידן דאיתא "ספק הינוח", ולפי הגירסא של הרמב"ם נמצא דמבואר להדיא כתוס' דבודאי הינוח נמי חייב להכריז, דהרי הט"ז מפרש פסקה זו של הרמב"ם דהוי חיוב להכריז לכתחילה כמו דין דרך נפילה].

וכן הוא דעת הש"ך (ס"ק כ"ד) לכאורה בשיטת הרמב"ם דאף בספק הינוח הרי הוא לא יגע בהן, אלא שכבר הביא שכל הפוסקים נחלקו בזה על הרמב"ם.

ויש לדון בדעת הש"ך עצמו היאך ס"ל לגבי ודאי הינוח במקום המשתמר קצת, כתוס' או כראשונים. ובפשטות משמע מלשון הש"ך דס"ל כתוס' דחייב להכריז אף בודאי הינוח, דהרי הוא מביא מהרמ"א לקמן שחולק על תוס' והרמ"א הרי פוסק כתוס', אולם עי' לעיל בסעיף א' מה שהבאנו בדעת הש"ך.

ג – מהלך הנתיבות הוא כשיטת הט"ז, דבאמת גם הרמב"ם ס"ל דבספק הינוח ביש בו סימן הוא חייב להכריז, ואלא הא דכתב הרמב"ם דאפי' נסתפק לו הרי זה לא יגע בהן, איירי באופן דליכא סימן בגופו אלא דאיכא סימן רק במקומו, ולכן הרי זה לא יגע בהן שהרי אין לו עכשיו מה להכריז, דהא הרי ממ"נ; על הצד שהוא דרך הינוח לא יגע בהן, ועל הצד דהוי דרך נפילה ליכא סימן כלל, דהא סימן מקום לא שייך בדרך נפילה. ולכן לכתחילה לא יגע בהן, ואם נטלו אינו זוכה בו דהא איכא סימן מקום וליכא יאוש, ורק בדבר שאין בו סימן כלל הרי הוא זוכה בו.

ולפי הנתיבות נמצא מבואר להדיא דס"ל להרמב"ם כר"ן והרשב"א דבודאי הינוח לא הרי זה לא יגע בהן אפי' שיש בו סימן, שהרי מבואר ברמב"ם דעל הצד של הינוח הרי זה לא יטול דלא חיישינן לשכחה, והיינו דאם ס"ל לרמב"ם כתוס' דבודאי הינוח נמי חייב להכריז [ביש בו סימן] א"כ אין הנתיבות מיישב כלום, שהרי אם יש סימן

ולגבי חידושו השני של הרמב"ם בדבר שצ"ע
 שאין בו סימן אם עבר ונטלו זכה בו
 [ואפי' בודאי הינוח], איכא בזה ד' מהלכים.
 ויש לדון בכל המהלכים האם זה גם באופן
 שנטלו ע"מ לגזול, או שזה רק באופן
 שנטלו ע"מ להשיבו. ועוד יש לדון לפי כל
 השיטות האם זה רק במקום המשתמר קצת
 או אפי' במקום המשתמר לגמרי נמי באין בו
 סימן - שהדין הוא דלא יגע בו ואם נטלו
 הוא שלו.

והנה כל המהלכים והביאורים בשיטת
 הרמב"ם הוא בהקדם, דאמרין דכיון
 שנטלו ממקומו איכא כבר יאוש מצד
 הבעלים משום שהחפץ כבר אינו במקום
 שהניחו, אלא דהוי יאוש שלא מדעת, כי
 הבעלים סבורים שהחפץ עדיין מונח
 במקומו, ולכן באמת מדינא אכתי אין זה של
 המוצא, דהרי יאוש שלא מדעת לא הוי
 יאוש, אבל ודאי לכתחילה לפני הגהתו ליכא
 שום היתר זכיה, דהרי ליכא עדיין שום יאוש,
 דהא עדיין מונח החפץ במקום שהניחו שם.

א. מהלך הב"י בשיטת הרמב"ם הוא, דהנה
 לפי רבא יאוש שלא מדעת הוי יאוש,
 אלא דאנן קיי"ל כאביי דלא הוי יאוש, אבל
 עכ"פ באופן שאין לו למי להשיב את
 האבידה שהרי הוא אינו יודע של מי הוא,
 והאבידה מצויה כבר בידו, אנו אומרים
 שאפשר להקל כרבא דיאוש שלא מדעת הוי
 יאוש.

מקום הוא צריך להכריז על הצד דהוי דרך
 הינוח.

והנה מבואר מדברי הרמ"א דנקט כשיטת
 התוס' בסוגיין בתרתי. חדא, דבמקום
 המשתמר קצת בדבר שיש בו סימן הרי זה
 יטול ויכריז ואפי' בודאי הינוח, ותו, הדין
 דאם נטל לא יחזיר [במקום המשתמר קצת
 באין בו סימן] פירש הרמ"א כתוס', דאפי'
 שלא זו משם ולא הוליתו לביתו מ"מ לא
 יחזיר.

וכבר מבואר בדברי הסמ"ע, שזה שהרמ"א
 מביא דיש חולקין על הרמב"ם וס"ל
 דג' חילוקים בדבר, באמת אין הרמב"ם חולק
 בכל השלושה, אלא נחלק רק על ב' עניינים
 וכמו שכבר התבאר לעיל, שחולק על זה
 שבספק הינוח במקום המשתמר קצת לא יגע
 בהן אע"פ שיש בו סימן, ועל זה בדבר
 שאין בו סימן אם נטלו זכה בו, וכנ"ל דיש
 כמה וכמה מהלכים בשיטת הרמב"ם. [ואכן
 אולי יש לדון מדברי הרמ"א שמשמע
 מדבריו דלפי הרמב"ם ליכא ג' חילוקים,
 ולכאורה זה ראייה שהרמב"ם ס"ל דבמשתמר
 קצת אף בספק הינוח הרי זה לא יטול אפי'
 בשיש בו סימן, וכשיטת הב"י והסמ"ע, דאם
 נאמר כהט"ז והנתיבות דהרמב"ם מודה
 דבספק הינוח נוטל ומכריז ביש בו סימן,
 א"כ נמצא דאף לפי הרמב"ם איכא ג'
 חילוקים בדבר, דהא דין מקום המשתמר
 לגמרי לא הוי כדין מקום המשתמר קצת].

איירי בשהלך לו משם שהרי אל"כ יכול הוא להחזירו, וא"כ שפיר ניחא לומר שגם מה שממשיך הרמב"ם דבאין בו סימן הוי שלו הוא ג"כ רק באופן שהלך לו משם. ואדרבה, נראה מדויק מלשון הרמב"ם שהוא מייירי רק באופן שכבר הלך לו משם.

ואולם השתא יש לדון בסברת הדברים, אמאי באמת ס"ל לבית יוסף שרק אם אסור לו להחזירו הרי זה שלו. ושמעתי לבאר ב' מהלכים בזה, א' – מלשון הב"י משמע שכל ההיתר ליטול ביאוש שלא מדעת הוא רק משום שאינו יודע למי להחזירו, ולכן אפשר שפיר לומר שאם יכול להחזירו למקומו הרי זה נחשב כיודע למי להחזירו ואינו יכול ליטלו לעצמו. ב' – אולי יש לפרש עוד, שכל היאוש שיש לבעלים הוא רק משום שאסור לו להחזירו למקומו, אבל אם מדינא יכול הוא עדיין להחזירו למקומו ליכא יאוש מצד הבעלים. אבל קצת דחוק לומר כזאת, משום שלמעשה אם נוטלו אדם שלא כדין אינו עתיד להחזירו, וא"כ מיד כשנוטלו איכא כבר יאוש.

ויש לדון בדברי הב"י, מה הדין בנטל ע"מ לגזול, האם הוא קונה את החפץ מדין יאוש שלא מדעת. והיינו דיש לדון אם הוי גזלן, דהא לפי אביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הרי הוא גזלן, אבל לפי הב"י דלכתחילה קי"ל כאביי דלא הוי יאוש אבל בדיעבד אפשר לסמוך על רבא דהוי יאוש, א"כ יש לצדד ולומר דבכה"ג שאני ואינו

וכתב הב"י בתוך דבריו דכל זה דהוי יאוש הוא רק משום שאסור לו להחזירו למקומו שנוטלו משם, ומשמע מזה שאם היה מותר לו להחזירו למקומו אינו שלו והיה צריך להחזירו למקומו. והנה קודם כל יש לדון בדברי הב"י, אמאי אסור לו להחזירו למקומו, והא הרי כל זמן שלא הלך משם יכול הוא שפיר להחזירו למקומו ורק אם הלך כבר משם חיישינן שמא כבר באו הבעלים ולא מצאוהו, ומשו"ה לא יחזירהו לשם. והגם שבמקום המשתמר קצת יש שיטה אחת בראשונים [היינו שי' התוס'] שאסור לו להחזירו אע"פ שעדיין לא זז משם משום שנתחייב בשמירתה מספק, מ"מ הב"י עצמו מביא - כבר קודם לכן - מהמגיד משנה בדעת הרמב"ם דס"ל כראשונים שחולקים על תוס' שאפי' במקום המשתמר קצת נמי יכול להחזירו למקומו כל זמן שלא זז משם.

אך הביאור בזה נראה פשוט, שאכן לפי הב"י כל הדין שאומר הרמב"ם שבאין בו סימן אם נוטלו הרי אלו שלו זה רק באופן שכבר הלך משם שאסור לו להחזירו, אבל כל זמן שהוא עומד שם אין זה הוי שלו משום שצריך להחזירו, ואין זה דוחק כ"כ לאוקמא את דברי הרמב"ם רק באופן שהלך לו, משום שהרי הרמב"ם אומרו כהמשך לדבריו שכתב שאם יש בו סימן הרי זה לא יטול ואם נטלו לא יחזירו למקומו, על זה מסיים הרמב"ם שאם אין בו סימן הוי שלו, ותחילת דברי הרמב"ם ביש בו סימן ע"כ

בסי' שנ"ח (סק"א) דהיכא דאיכא אומדנא דמוכח דניחא ליה לרעהו שישתמשו בחפציו, הרי זה מותר להשתמש בו ואין בו משום יאוש שלא מדעת [ועיי"ש בדבריו מה שמחלק בזה]. ולפי"ז הכא נמי, הגם דאינו יכול לזכות בחפץ מטעם יאוש כיון דהוי יאוש שלא מדעת, וגם ליכא דעת ברורה שמסכים שישתמשו באבידה, מ"מ יכול שפיר להשתמש בחפץ כיון דאיכא אומדנא דמוכח שחפץ שבעליו התייאשו ממנו ודאי ניחא ליה לבעלים שישתמשו בחפץ שלו עד שיחזור לידו. ולגבי היתר תשמיש לכו"ע מהני אף שלא מדעת. ולפי"ז נמצא דכוונת הש"ך הכא היא אף לפני יאוש, דמיד כשמצאו איכא היתר תשמיש, משום שמייד איכא כבר אומדנא שהבעלים מסכים לזה.

[אכן] יש להקשות על מהלך זה מהא דלקמן בסי' רס"ב בסעיף ד' והש"ך שם, דשם אומר הש"ך דבמקום שאינו מתייאש לעולם ליכא היתר שימוש זה האמור כאן, ולכאורה אם אמרינן כש"ך בסי' שנ"ח קשה להבין חילוק זה. ועיי"ש שם עוד בעניין]

אבל פשוט דלכתחילה ודאי אסור להשתמש דהרי ליכא יאוש, דהא כל היאוש הוא רק משום שאין זה כבר מונח במקומו.

ג. הסמ"ע מתרץ את שיטת הרמב"ם, דכיון דבשעה שנטלו - אדעתא להחזיר לבעליו נטלו, אלא שטעה בזה שלא ידע שלא יהיה

נחשב כגזול, שהרי רק לפני שנטלו נקטינן דלא הוי יאוש ואסור לו ליטלו, אבל ברגע שנטלו אמרינן דאפשר לסמוך על זה דיאוש שלא מדעת הוי יאוש. ויל"ע.

ב. הש"ך מבאר בשיטת הרמב"ם, דהא דקיי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש היינו רק אם נתברר של מי הוא, שאז צריך להחזירו ולא אמרינן כיון שנתייאש זכה זה בו, אבל כל זמן שלא נתברר של מי הוא יכול המוצא לעשות בו מה שירצה. וכוונת הש"ך היא דהגם שאין לו היתר זכיה בחפץ כיון דלא חל היאוש בחפץ [דהרי הוי יאוש שלא מדעת], מ"מ יכול הוא להשתמש בו מדין היתר שימוש.

והנה לא נתבאר בש"ך טעם ההיתר למה מותר לו להשתמש בחפץ, ויש מקום לומר דכוונת הש"ך היא שכשאדם מתייאש מחפציו הרי אית ליה גם דעת שכל מי שימצאה יוכל להשתמש בה כל זמן שלא נודע מי הם הבעלים. ולפי"ז נמצא דכל ההיתר הוא רק בזמן דאיכא יאוש בפועל, אבל לפני שיעור הזמן שהבעלים מתייאשים אין בזה שום היתר להשתמש. ואע"ג דהוי יאוש שלא מדעת מ"מ הרי לדידן יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ולכן אע"פ שאנו אומרים שכשיידע הבעלים ודאי יסכימו למוצא להשתמש בו מ"מ אין זה כלום, דקיי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש.

אמנם אפשר לבאר מהלך אחר בכוונת הש"ך, דהש"ך אזיל הכא לשיטתו

רק כשנטלו ע"ד להשיבו לבעלים, אבל בנוטלו ע"מ לגזולו איכא איסור גזילה, דהרי כשעדיין מונח החפץ במקומו ליכא יאוש כלל ואיכא איסור גזילה.

אבל - מוסיף רעק"א - אפשר דאף בודאי הינוח ס"ל לרמב"ם דזכה בו לאחר שנטלו, והטעם בזה הוא משום דס"ל לרמב"ם בדבר שאין בו סימן ליכא חיוב השבה, דהרי אינו יודע למי יחזירנו ולא שייך בזה חיוב השבה. [ורעק"א בחידושו עמ"ס ב"מ אומר שלפני הגבהתו ודאי ליכא חיוב השבה, אבל לאחר הגבהה הוא מוכיח שם משיטת התוס' והרמב"ן דאיכא חיוב השבה, אבל הכא כתב בדעת הרמב"ם דאף לאחר הגבהה ליכא חיוב השבה].

והנה רעק"א אינו מבאר להדיא כוונתו, אמאי איכא היתר זכיה אם ליכא חיוב השבה, ואפשר לבאר כוונתו בב' מהלכים. א - אפשר לפרש באופן פשוט, דכיון דליכא חיוב השבה הרי יכול לקנות את החפץ לאחר יאוש, דהרי כל זה דא"א לקנות ביאוש אחר שבא לידו הוא משום דבאיסורא אתי לידיה, והיינו שהתחייב בהשבה, אבל הכא ליכא באיסורא אתי לידיה דהרי בדבר שאין בו סימן סובר רעק"א דליכא חיוב השבה כלל, ולכן שפיר יכול לקנות את החפץ לאחר יאוש. ולפי"ז בנטלו ע"מ לגזולו אינו זוכה משום שאז איכא חיוב השבה מדין גזילה, דהא כשנטלו ממקומו ע"מ ליטלו לעצמו הוא עובר על איסור גזילה.

בידו להחזירו כיון דאין בו סימן, בזה כו"ע מודים דיחזיקנו המוצאו לעצמו.

והנה לא מבואר מדבריו מה כוונתו לתרץ את שיטת הרמב"ם, ובפשטות משמע דהוי סברא בעלמא, דכיון דהוא רצה להטיב לבעלים בהגבהתו ולא התכוון לקחתו בשבילו לכן התירו לו להשתמש בחפץ, כיון דלית ביה סימן וסו"ס איכא יאוש שלא מדעת. אבל אין בזה שום סברא, ואולי כוונת הסמ"ע הוא כרעק"א וכדלקמן.

ד. רעק"א מצינו ב' מהלכים בשיטת הרמב"ם, [ורעק"א אומר זאת בשיטת הסמ"ע, והסמ"ע הרי אומר שזה רק בנוטלו ע"מ להשיבו לבעליו, אבל במתכוון לגזולו לא (ועי' בפרישה שמוכיח כן מהגמ') ולכן יש לדון בתירוצי רעק"א אמאי בנוטלו ע"מ לגזולו ליכא היתר זכיה].

מתחילה אומר רעק"א דהרמב"ם איירי רק בספק הינוח ולא בודאי הינוח [וכמו שאומר למעשה הט"ז, וכדלקמן] ומכיון דלאחר יאוש ליכא איסור לא תגזול כמבואר בסוגיא דנטלו ע"מ להשיב ולאחר יאוש נתכוון לגזולו, ומשום דע"י יאוש יצא קצת מרשות בעלים [כמבואר בתוס' שם] ומכיון דליכא הכא איסור לא תגזול אלא רק עשה והשבו, אמרינן דבספק עשה אינו מחויב. והיינו דדעת הרמב"ם הוא דרק ספק איסור גזילה אסור, אבל ספק חיוב עשה דהשבו ליכא חיוב. וצ"ב טעם הדבר. וזה הוא

וא"כ הדרא קושיא לדוכתא דמיחשיב באיסורא אתי לידיה. ויש לחלק, דאף לפי הנתיבות אם אינו חייב מדינא להשיב את החפץ לבעלים אין זה מיקרי יאוש ברשות אע"ג שהוא מחזיקו עבור הבעלים, משום דאם הוא יכול להפסיק בכל רגע את שמירתו על החפץ [שהרי אין הוא מחויב בזה מדינא] אין זה מיקרי באמת דהוי החפץ ברשות הבעלים.

ומטעם אחר יש לדון בזה, דלפי הרמב"ן בנטלו ע"מ לגזולו ליכא כלל באיסורא אתי לידיה דהרי לא הוי כלל יאוש ברשות, והסמ"ע הרי אומר דלפי הרמב"ם אם נטלו ע"מ לגזולו אינו זוכה בו, ואמאי – הא לא הוי באיסורא אתי לידיה. ובאמת דאין זה קשה כ"כ, שהרי רעק"א יכול לומר תירוצו זה בדעת הרמב"ם דאף בנטלו ע"מ לגזולו זכה בו [שהרי הסמ"ע הוא זה שחידש דהרמב"ם איירי רק בנטלו ע"מ לשומרו לבעלים, ואין זה מוזכר כלל ברמב"ם]. אבל נראה פשוט דהכא אף הרמב"ן יודה דבנטלו ע"מ לגזולו יהיה חיוב דמים, דהנה בדברי הרמב"ן דבנטלו ע"מ לגזולו חל ביה היאוש, דלא הוי יאוש ברשות נתקשו רבים וטובים, אמאי ליכא חיוב דמים מדין איסור גזילה. ותי' בדעת הרמב"ן דהא דאמרין דיאוש אינו קונה בגזילה [משום דבאיסורא אתי לידיה שעשה מעשה גזילה, כמבואר בגמ' ב"ק] היינו רק באופן שהוא גרם את היאוש ע"י גזלתו, אבל אם הוא לא גרם את היאוש קונה יאוש גם בגזילה, ולכן הכא שהוא גרם את

והנה הש"ך בריש סי' רנ"ט אומר בדעת הרמב"ם [והמחבר] דס"ל כרמב"ן בביאור דין איסורא אתי לידיה, שאין זה משום דהתחייב בהשבה אלא זה משום דיאוש ברשות לא מהני. אכן באבידה אם נוטלו ע"מ לגזולו הרי הוא קונה את האבידה ביאוש ואין זה באיסורא אתי לידיה, משום שאין כאן יאוש ברשות.

ויש לדון בתירוצו רעק"א האם זה גם לפי שיטת הרמב"ן בעניין באיסורא אתי לידיה, שהרי הכא הגביהו ע"מ להשיבו לבעלים, ולאחר שהגביהו נהיה יאוש ולכאורה הרי זה יאוש ברשות, ואכית מיחשיב כבאיסורא אתי לידיה, ושוב יוקשה על הרמב"ם שכתב דיכול לזכות בו לעצמו. ויש לומר דתליא במח' הקצות והנתיבות (ריש סי' רנט) בביאור שיטת הרמב"ן דיאוש ברשות לא מהני, דהרי הכא באמת אין המוצא חייב בהשבה על חפץ זה [דהא אין בו סימן], אבל למעשה כוונתו בהגבהת החפץ הייתה להשיבו לבעלים. וא"כ לפי הקצות פשוט דאין זה נחשב ליאוש ברשות, שהרי הקצות כתב לבאר דהשומר הוא המעכב את היאוש של הבעלים, והכא אפי' אם הוא מחזיקו עבור הבעלים מ"מ ודאי לא הוי שומר, דהא לא התחייב בהשבה כלל. אבל לפי הנתיבות שביאר כפשוטו דאם החפץ הוי עדיין ברשותו של האדם לא מהני בזה יאוש, א"כ לכאורה הכא אע"פ שלא התחייב בהשבה מ"מ הא למעשה הוא שומרו בשביל הבעלים וחשיב דהוי ברשותו,

זה רק משום דליכא איסור לא תגזול. משא"כ לפי הביאור הראשון בתירוץ רעק"א צ"ל דהתוס' נוגע רק לתירוץ הראשון של רעק"א, אבל לתירוץ השני אין צריך להגיע כלל לסברת התוס', דהרי סגי בזה לחוד דאמרינן דליכא חיוב השבה בדבר שאין בו סימן ולכן יכול לקנות את החפץ לאחר יאוש. ודוק]

ויש לדון לפי מהלך זה, האם יוכל גם לכלות את החפץ ואם יבוא הבעלים ישלם לו, או שמותר לו רק להשתמש בחפץ ולא לכלותו לגמרי, דהרי בכילוי איכא איסור מזיק. ולכאורה בפשטות ליכא איסור מזיק, דהרי הא דליכא איסור גזילה הוא משום דלאחר יאוש יצא כבר החפץ קצת מרשות בעלים, וא"כ מסתברא דה"ה נמי לגבי איסור מזיק.

וכבר מסיים רעק"א בעצמו, דלפי כל דבריו [בין לת"א ובין לת"ב] יוצא דכל ההיתר שימוש בחפץ הוא רק לאחר שיהיה יאוש בפועל מהבעלים, שהרי לפני יאוש עדיין איכא איסור גזילה וחיוב השבה. משא"כ לפי פירוש הב"י והש"ך לא בעינן שיהיה יאוש בפועל דוקא וסגי בזה דהוי יאוש שלא מדעת.

ה. המהלך של הנתיחה"מ בביאור דברי הרמב"ם הוא, דבאמת ודאי דמודה הרמב"ם לכל הראשונים דליכא שום היתר זכיה לאחר שנוטלו, דהא הוי יאוש שלא מדעת, ואפי' לא בספק הינוח אלא כל שיטת הרמב"ם הוא דוקא בגזלות מדדין, דס"ל

היאוש דהרי הא דהתייאשו הבעלים נובע משום שהוא נטל את החפץ ממקומו, דאם היה החפץ נשאר במקומו לא היה מתייאש, א"כ כשנטלו ע"מ לגזולו יתחייב לשלם.

ב - עוד אפשר לפרש בכוונת רעק"א, דבאמת ליכא הכא היתר זכיה משום דלא חל הכא היאוש, והיינו משום שנאמר דרעק"א אזיל כשיטת הרמב"ן ע"פ הנתיבות דכיון דהחפץ שמור לבעלים לא מהני ביה יאוש, ואע"ג שאינו חייב מדינא בשמירתה מ"מ זה הוי יאוש ברשות [ודלא כסברא הנ"ל]. אלא הא דמותר להשתמש בו אין זה משום שקנהו, אלא משום דליכא שום איסור להשתמש בו, דהרי ליכא איסור גזילה [דלאחר יאוש ליכא איסור גזילה, כמו שמביא רעק"א בתחילת דבריו]. וליכא נמי חיוב השבה משום שאין בו סימן, וכיון דליכא שום איסור בזה הרי הוא מותר להשתמש בו.

אבל באמת דיש לדון בזה, האם מותר להשתמש בממון חבירו באופן דליכא שום איסור, דאפשר לומר דאפי' אם אין שום איסור בהשתמשות מ"מ דבר זה דהוי ממון חבירו זה לחוד אומר שיש איסור להשתמש בממון חבירו, ויש לדון בזה.

[ולפי פירוש זה יוצא דהא דהביא רעק"א את התוס' באלו מציאות דליכא איסור גזילה לאחר יאוש משום שכבר יצא קצת מרשותו, זה גם משום התירוץ השני שאומר רעק"א, דזה שיכול להשתמש בחפץ

להרמב"ם דכל גוזלות שמדדין איכא יאוש מצד הבעלים מיד - משום שהם יכולים לעבור למקום שאינו משתמר כלל, וכשהניחן לכתחילה במקום המשתמר קצת מתייאש הוא, משום דחושש שהם ידדו למקום שאינו משתמר כלל, והוי כמו בהניח במקום שאינו משתמר כלל בדבר שאין בו סימן דהוי הרי אלו שלו משום דהבעלים מתייאש, וכמו שמבואר במהרש"א (כג: וכן הוא בתוס' הרא"ש שם) דבדרך הינוח יאוש מדעת הוא. אלא זה שלכתחילה אסור לו ליטלו הוא משום דכל זמן דהוי עדיין

במקום המשתמר קצת הרי זה לא יצא עדיין מרשות בעלים ולא מהני יאוש, משום דהוי יאוש ברשות, וכשיטת הרמב"ן שיאוש ברשות לא מהני, ולכן לאחר שכבר יצא מרשותו תו מהני היאוש. ואע"ג שהוא עדיין אינו יודע שיצא מרשותו, מ"מ אין זה חשיב יאוש שלא מדעת, משום דיאוש שלא מדעת זה רק באופן שהאבידה בא לידו לפני היאוש, אבל הכא באמת החפץ בא לידו לאחר היאוש אלא שלא הועיל היאוש עד עכשיו, משום שהיה יאוש ברשות.

הרב דוד צבי רוזנטל

בענין מחלוקת הרמב"ם והטור באבידה מדעת

להרמב"ם דאע"פ שכוונתו להפקיר לא יועיל אלא אם הפקירו להדיא בפיו, אבל במה שכיוון להפקיר אינו נעשה הפקר בכך. והביא דברי הטור לקמן סימן רע"ג ס"ד שכתב בשם הרמב"ם, "ומהו הפקר, שיאמר נכסי אלו יהיו הפקר לכל, בין מטלטלי בין מקרקעי". ומבואר דאין ההפקר נעשה כי אם בדיבור.

והש"ך (שם) הביא דברי הב"י, וכתב דאין כוונת הטור להשיג מסברא דכוונתו להפקירה, אלא דכן משמע מלשון הגמ' בכל מקום דאבידה מדעת הוה הפקר. והביא ראיה מב' מקומות דכך הוא. א' - בדין אשפה העשויה לפנות דאמרינן בגמ' דהוה אבידה מדעת, וע"כ כוונת הגמ' להפקר וכמשנ"ת בסוף סי' ר"ס². ב' - מהא דאמרינן במכנשתא דבי דרי דאבידה מדעת היא, והרי

כתב הרמב"ם בפרק יא' מהלכות גזו"א הי"א וז"ל: "המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו, כיצד הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו¹, השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו, וכל כיוצא בזה הרי זה אבד ממונו לדעתו, ואע"פ שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו אינו זקוק להחזיר. שנ' אשר תאבד, פרט למאבד לדעתו". עכ"ל. והביאו הטור בסימן רס"א וז"ל: "וכתב הרמב"ם, אע"פ שאין לרואה ליטלה לעצמו מ"מ אין חייב ליטפל בה, וכ"כ הרמ"ה. ואין נראה כן דאבידה מדעת הוי הפקר". ע"כ.

וכתב הב"י על שיטת הטור, "ולא נהירא, דבשביל שלא חשש לפקח על נכסיו לא נאמר שהפקירו". ומבואר בב"י דס"ל להרמב"ם דאע"פ שאינו מפקח על נכסיו אין בדעתו להפקירם. אולם דעת הב"ח דס"ל

1 הנה הא דכתב הרמב"ם דרפת כזו הוי 'אבידה מדעת' אינו דבר מוסכם, שהרי בזה ג"כ נחלקו הטור והרמב"ם, ובאמת יש מקור לזה בגמ' בב"מ דף לב' דהא דאמרו במתני' דמצאה ברפת אינה חייב בה איירי שהרפת אינה מתעה ואינה משמרת. וביארו בגמ' דאינה מתעה מדאמרינן אינה חייב בה, ואינה משמרת מדאיצטריך למיתני אינה חייב בה, וע"כ דאינה מתעה ואינה משמרת, עיי"ש. ומדברי הגמ' מוכח דהיכא דהיה מתעה והיינו שהייתה הרפת פתוחה מארבע רוחותיה היה השומר חייב בה, ולכאור' תיקשי שהרי אבידה מדעת היא ופטורה מהשבה. ובהכרח צ"ל דבכה"ג לא מיקרי אבידה מדעת, וזהו שיטת הטור והרמ"א בהשגתו על המחבר (בסעיף ד'). ומעתה יקשה על הרמב"ם, שהרי לשיטת הרמב"ם בכה"ג מיחשיב אבידה מדעת, ואעפ"כ משמע שהיה חייב בהשבה. ועיין בבאור הגר"א שכתב ליישב שיטת הרמב"ם, דבגמ' איירי שנפתח הדלת מאליו וממילא לא הוי אבידה מדעת, ודו"ק.

2 עיי"ש בראיתו שהביא מדברי הגמ', ודחוק הוא. ועיי"ש בסמ"ע שחולק ע"ז וס"ל דלפי הרמב"ם אין הדין דהוה הפקר, אלא דליכא חיוב השבה. אולם מדברי הנתיח"מ לקמן משמע דס"ל כהש"ך דמשמע

במתניתין איתא דהרי אלו שלו. ובהכרח דאבידה מדעת היינו הפקר. ועוד כתב לחלוק על הב"ח שסובר דאין מועיל הפקר כ"א ע"י דיבור מכמה מקומות דמבואר דמועיל, כגון לקמן סי' רס"ד גבי דבש ושפכה דמבואר דכל הקודם זכה בו, משמע דמועיל הפקר בלא דיבור, וכן משמע מהא דאמרינן בש"ס סתם גללים אפקורי מפקיר להו, וכן מהא דאיתא בתוס' (ב"מ דף ל') שכתבו וז"ל, "והא דקאמר גבי גיגית נר וקדרה אפקורי מפקיר להו - אע"ג דליכא ג', התם אנן סהדי דמפקר להו בלבד" עכ"ל. חזינן מכל אלו דאי"צ דיבור להחיל ההפקר, ולכך הסיק דהעיקר כהטור.

ומענה יל"ד מה יענה הב"ח על ראיותיו של הש"ך. והנה, לגבי הראיה שהביא מחבית שנסדקה דכל הקודם זכה בדבש אפ"ל דהוא מדין ייאוש ולא מטעם הפקר³, וכן נקט התרומת הכרי (סימן רס"ב) עיי"ש שהקשה על הרמב"ן דהוה ייאוש ברשותו, והראיה שהביא מתוס' מגיגית יעוי"ש.

אולם אכתי צ"ע מה יענה הב"ח על מכנשתא דבי דרי, דמוכח משם דהפקר נעשה באומדנא. ובאמת הב"ח לקמן סי' רע"ג הקשה כן על הרמב"ם, וכתב דהתם שאני ד"מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו", משא"כ באומדנא גרידא אכתי לא נהיה

הפקר. ובאמת דדבריו דחוקים, דמה מעשה מיקרי התם טפי מזורק כיסו לרה"ר, ותו דאין סברא לחלק, דאם אי"צ דיבור להדיא א"כ מה לי אם האנן סהדי נהיה עם מעשה או בלי מעשה, וצ"ע. אולם באמת אפשר להביא ראיה לכאורה לשיטת הב"ח - וכ"כ בחי' הגר"ש רוזנבסקי - דאין ההפקר נעשה כ"א בדיבור, מדברי הר"ן בפסחים שהאריך לבאר בגדר ביטול חמץ, דלאו מטעם הפקר הוא - שהרי א"כ היה צריך ג' וכמו בכל הפקר דבעי ג', ולכן כתב דביטול אינו אלא 'שלא להחשיבו' עיי"ש ואכ"מ. ולכאורה אף התם איכא אנן סהדי דמפקירו שלא לעבור באיסור חמץ, וכדברי התוס' לעיל גבי שבת. אע"כ דאפ"ה אינה מועלת ההפקר, שאין חלות הפקר אלא אם אמרו בפה. אך יש לדחות ראיה זו, שהרי הר"ן בפירקין הקשה ג"כ כקושיית התוס' מהא דגיגית, ותירץ כדברי התוס' דאנן סהדי וכו', א"כ מוכח דס"ל שאין צריך דיבור ממש וכנ"ל. ועל כרחך צריך לומר דבחמץ אין החסרון משום דבעי דיבור, אלא דאין כאן ודאי אנן סהדי שמפקירו⁴, והיינו דאפי' אם אי"צ דיבור צריך שיהא גלוי לכל דרוצה להפקירו, דאל"כ במה הוה ייאוש, אבל מ"מ אי"צ דיבור.

והקצוה"ח הקשה על דברי הש"ך דודאי אף להטור אין אבידה מדעת בכל הש"ס משמעותו הפקר, והוכיח מהא

מהגמ' דהוה הפקר, ואולי כתב כן אליכא דהאמת ולא משום דמשמע ליה מדברי הגמ' כן.

3 אולם לשון השו"ע לקמן הוה 'הפקר', ודו"ק.

4 אבל צ"ע מאי שנא דבשבת איכא אנן סהדי טפי מחמץ, וכי איסור חמץ קל מאיסור שבת, וצ"ע.

כשפטור מהשבה לא הוה שומר, וכיסוד הרמב"ן במלחמות בדף כו (הביאוהו הקצוה"ח והנתיח"מ בסמך רנ"ט). ואפי' לתוס' (ב"ק דף ס"ו:) דטעמא דבאיסורא את"ל הוא משום דכבר נתחייב בהשבה ותו לא פקע מיניה חיובו, הכא הרי לא נתחייב בהשבה דאבידה מדעת היא. אבל באמת לולא הייאוש אינה שלו דאבידה מדעת אין הבעלים מפקירה, וכדעת הרמב"ם, עכתו"ד הקצוה"ח.

ודבריו צ"ב, דהרי בגמ' אמרו דהאי דינא דמכנשתא היינו דווקא בקב בד' אמות דנפיש טרחייהו, ואי משום ייאוש מאי שנא. ועוד דאמרינן דקב בד' אמות כיון דנפיש טרחייהו אפקורי מפקיר להו ואין בדעתו לחזור וללטול, וא"כ מסתבר שמפקירנו מיד ואמאי אינה מותרת לפני ייאוש. ואפ"ל דדעת הרמב"ם כמו שכתב הב"ח דאע"פ שדעתו לבטלו לא יועיל, ומשו"ה אינו אסור לפני ייאוש, אלא כיון דאינו חפץ בזה מיחשבי כבר "אבידה מדעת" ולכך אחר זמן מה שודאי כבר נתייאש חל הייאוש. משא"כ יותר מקב בד' אמות שבדעתו לחזור וללטול לא הוה אבידה מדעת, ולכך אינו מועיל הייאוש שאח"כ. ויש כאן חידוש, שאע"פ שהחפץ מונח במקום המשתמר ואינו אבוד ממנו, מ"מ כיון שכבר אינו מעוניין בחפץ הוה 'אבידה מדעת' ואינו בתורת השבת אבידה. ודין זה של אבידה מדעת במכנשתא דבי דרי אינו כמו האבידה מדעת שכתב הרמב"ם, אלא באופן נוסף, ומסתברא הוא.

דאיתא בפרק הספינה (דף פז) השולח בנו אצל החנווני וצלוחית בידו ונתן לו באיסר שמן, שיבר את הצלוחית ואבד את האיסר ס"ל לרבנן דחייב החנווני לשלם הצלוחית והאיסר והשמן. ופרכינן והא צלוחית אבידה מדעת היא. והקשו הראשונים מ"ט לא פריך נמי על האיסר, הרי גם זה שלח ביד בנו. ותי' התוס' שם דהאיסר הוא כבר מטבע אחר ממה שנתן לו, שעם בנו שלח פונדיון. והרשב"ם תירץ באופ"א עי"ש ודבריו צ"ב. עכ"פ חזינן התם דלא הוה הפקר, דאם הוה הפקר הרי האיסור וכן השמן הוה מתנה, כיון דזכה החנווני בפונדיון מן ההפקר ואי"צ לתת כלום תמורתו, אלא בהכרח דלא בכל הש"ס הוה הפקר.

ועוד כתב הקצוה"ח דאדרבא, אי נימא ד"אבידה מדעת" שבכל הש"ס דינא חדא אית להו היינו נוקטים כרמב"ם, שהרי מוכח כדבריו מהא דפרק הספינה. והא דאמרינן במכנשתא דבי דרי "אבידה מדעת" והתם דינא הוא דהרי אלו שלו, לאו מטעם הפקר אתינן עלה אלא דבתר דאייאש מועלת הייאוש אבל לפני הייאוש אינה שלו, והיינו דבגמ' הקשו לאביי דס"ל ישל"מ לא הוה ייאוש, "פירות מפוזרים – והא לא ידע דנפל מיניה". וע"ז תירצו דאירי במכנשתא דבי דרי דהוה אבידה מדעת, וממילא כיון דלא נתחייב בהשבה מועיל הייאוש שלאחמ"כ משום דלא הוה באיסורא את"ל, דכל אבידה דמתחייב בהשבה הוה שומר וממילא אינו מועיל הייאוש דהוה ייאוש ברשותו, משא"כ

בהפקר זה אפי' שלא זכה בגוף המטבע, ויש לדון אם בהנאה שמביא לידו המטבע או מדין פועל, אבל אם יוכל לפסוק על האי ממון פסיקא שמחייב מקח א"כ אפ"ל, דנהי דהוה הפקר אבל כיון שהקטן נכנס לחנות לקנות שמן במטבע הרי זה כפוסק דהמטבע שמגיע ליד החנוני הוא בתמורת שמן ועודף איסר. וזה חידוש, דלמעשה לא עלה על דעת הלוקח לפסוק מדין פועל או מדין נהנה - שהרי חשב שהמטבע שלו, וא"כ אפשר שאין כאן מחייב שהרי למעשה המטבע הוה הפקר. וזה באמת סברת האחרונים שהוכיחו מהגמ' דודאי לא הוה הפקר, אבל מ"מ אפשר דס"ל להטור בדעת הט"ז [וכן גם משמע מהרשב"ם הנ"ל] דאפי' בכח"ג המטבע ג"כ מחייבת את המקח.

אך עדיין זה לא יתרץ לגמרי את שיטת הטור, שהרי בגמ' שם תירצו על הצלוחית דאע"ג דהוה אבידה מדעת מ"מ התם חייב החנווני, משום דאיירי שנטלה ע"מ למוד בה ושואל שלא מדעת גזלן הוה. ולכאור' לפי שיטת הטור דהוה הפקר, מה שייך לומר דמצד אחד פטור משמירה דהוה אבידה מדעת ומצד שני על גזילה יהיה חייב, והרי כל אבידה מדעת הוה הפקר, וכן גם

ובאופ"א אפשר לבאר דברי הגמ' לפי מהלך הקצוה"ח, דבאמת ס"ל להב"י בדעת הרמב"ם דאין בדעתו להפקירו, ומ"מ אבידה מדעת הוא מצד שמונח במקום שאינו משתמר לבעליו, אלא כדי לדעת שהדבר הונח מרצונו ו'מדעת' צריך שיהא קב בד' אמות, ובזה תלינן דמשום דנפיש טרחייה ושמדעתו הונח שם, ואחר זמן שוודאי כבר התיימש מועיל הייאוש וכנ"ל ומשום דלא הוה באיסורא את"ל הן לרמב"ן והן לתוס'.

ובט"ז הביא את דברי הגמ' הנ"ל בב"ב השולח בנו אצל החנוני, והקשה מזה לשיטת הטור דאבידה מדעת הוה הפקר⁵. ובאמת הוא קושיא עצומה על שיטת הטור, ולכשתעיין בדברי הרשב"ם⁶ תראה שכתב ג"כ בקושיית הגמ' אבידה מדעת משום 'הפקר', ואח"כ הקשה קושיית הראשונים הנ"ל דמ"ט לא הקשו מפונדיון ותיירץ דמ"מ חייבוהו חכמים וכו'. ולכאורה יש כאן סתירה בדבריו, דאם הוה הפקר מה שייך לתקן וכמו שהקשה הט"ז. ואולי צ"ל דאע"פ דמדינא אבידה מדעת הוה הפקר, בעובדא דהתם יש מחייב לבעל החנוני לשמן ולאיסר, דהנה ודאי מי שיש בידו דבר הפקר יוכל לקנות

5 ואיפוך מסברת הקצוה"ח, דהקצוה"ח נקט דבזה אף להטור לא יהא הפקר [ועיי"ש החילוק] והוכיח מזה דאף לשיטת הטור אין אבידה מדעת שבכל הש"ס הפקר. משא"כ הט"ז והב"ח בתשובה (הובא בקצוה"ח) נקטו דלדעת הטור יהא דינו כהפקר, ולכך הקשו על דברי הטור.

6 וז"ל הרשב"ם: אבדה מדעת היא - דכי מסרה לתינוק שאינו יודע לשמרה הפקר הוא זה, ואינו חושש אם יחזירנה בנו בידו ריקנית אלא שישלח לו החנוני מה שישלח משלו הן שמן הן איסר ביד פקח. ופונדיון שנטל בנו בהליכה, נהי נמי דאבדה מדעת היא, מכל מקום בחזרה יפה מחייבין חכמים הואיל ואמרינן לאודועיה שדריה.

מקומות דרך נפטר מהשבה, והקדים לכך בדברי התוס' שכתבו גבי ר"ש בן אלעזר ברוב עכו"ם דבכל מקום דיש פטור השבה הבעלים מתייאשים⁸, ולכך באשפה העשויה ליפנות דפריך בגמ' אבידה מדעת פירושה הפקר, משום דבזה ניכר הדבר שהונח מדעת ומשו"ה מייאש, וכן במכנשתא דבי דרי הדין הוא דהרי אלו שלו כי אמדו חכמים דבטירחה כי האי אין הבעלים טורח לחזור וליטלו ובודאי מפקירו⁹. משא"כ בזרק כסו לרה"ר בהא ס"ל להרמב"ם דאינו מפקירו אע"פ דהוה אבידה מדעת, ובזה רק נפטר מהשבה. ובאופן נוסף כתב הנתיחה"מ ליישב דעת הרמב"ם, דבאבידה מדעת הדין הוא דאם נטלה הרי אלו שלו, רק דאסור לכתחילה ליטלה. אבל אחר שנטלה הרי אלו שלו וכמו דס"ל להרמב"ם בסימן ר"ס בדבר שאין בו סימן זכה בו, וא"כ ה"ה אבידה מדעת - דחד דינא לשניהם, דבשניהם אינו מחוייב בהשבה. אולם באמת צ"ע דהנתיחה"מ שם האריך לבאר בדברי הרמב"ם באופן אחר, והכא לא שייך האי טעמא¹⁰, וצ"ע.

הקשה הקצוה"ח על שיטת הטור. ואולי אף בזה צריך לומר דיש כאן אומדנא שאינו נותן לו לזכות בזה, שהרי אנן סהדי דנתן לו הצלוחית בשביל שימלא לו שמן ואינו מסכים שהמוכר ייקח את הצלוחית בשבילו, וא"כ לא שייך שיזכה בה המוכר. וקושיית הגמ' הוא רק מדין פטור בשמירה⁷ דבזה מ"מ לא חייב, אבל בגזילה חייב דאין המוכר יכול לזכות בזה. אבל יש לדון אי בזה שייך לומר סברא זאת, דבשלמא לגבי 'פסיקא' על מקח יכול להועיל, כיון דזה היה כוונתו א"כ הסכימו שבזה שיביא לידו דבר הפקר יתן לו כך וכך שמן, אבל הצלוחית לא הוה תשלום אלא סתם נתן לו למלאות לו שמן, מה"ת שלא יוכל המוכר לזכות בזה כיון דהוה הפקר, ואע"פ שאין התינוק מסכים לכך מנלן שיוכל לעכב, כיון שהוא בעצמו לא זכה בזה מה כוח יש לו לעכב, וביותר שהרי הוא גרם את ההפקר. וצ"ע.

ובנתיחה"מ חילק בדברי הרמב"ם, דיש מקומות דהוה הפקר ויש

7 ולא כמשמעות הרשב"ם שם.

8 ובאמת רעק"א הסתפק שם בדברי התוס' אם צריך ב' הסיבות לייאוש או דחדא מנייהו סגי, והנתיחה"מ נקט דסיבה אחת סגי לייאוש. אבל בעיקר קשה דהאי סברא דכתב התוס' לייאוש הוא היכא דיש תלייה בעכו"ם שבכה"ג יטלנו המוצא וזה הוה סיבה לייאוש, אבל היכא דאסור להמוצא ליטלו לעצמו אלא שאין עליו חיוב השבה מה"ת דהבעלים מתייאשים, וצ"ע.

9 וכ"כ הט"ז בדעת הרמב"ם ביישוב הגמ' במכנשתא דבי דרי, דאומד חכמים הוא כנ"ל, ולא דמי לזרק כסו לרה"ר.

10 ובשלמא לביאור הסמ"ע ורעק"א שם היה אפשר לומר דה"ה הכא, דטעמיה דהרמב"ם תלוי בחיוב השבה.

הרב דוד צבי רוזנטל

גדר דין ייאוש שלא מדעת

שאינו נעשה הפקר בגלל זה, מכיוון שצריך שהבעלים יפעל איזה חלות ובכה"ג לא שייך לומר 'אילו' - דסו"ס לא עשה את החלות. אלא דווקא בדבר שאין הוא עושה את החלות וכגון בייאוש ובשאר המקומות שהביאו בגמ' [ניחותא דזרעים ועוד], דהחלות נעשה מאילו אלא צריך שיתרצה לזה העניין, בזה ס"ל לרבא דאי"צ ניחותא בפועל ממש, אלא כיון שאם היה יודע היה מתרצה א"כ הרי כאילו יש כאן ניחותא והתרצות כבר מעכשיו.

וזה דווקא בדבר שעומד לכך אפ"ל דכבר מעכשיו הוי הניחותא, משא"כ אי אינו עומד לכך אפי' שאח"כ נחא ליה א"א לומר דמתחילה רואים אנו את הניחותא, ומשו"ה אמרו בגמ' דלא נחלקו אלא בדבר שאין בו סימן דבכה"ג הדבר עומד לייאוש, משא"כ בדבר שיש בו סימן בזה כולי עלמא מודו דלא הוי ייאוש, וממילא באיסורא אתי לידיה.

והנה בסברת אביי היה נראה, שאביי חולק על כל המושג שהניח רבא, וס"ל דאין אנו אומרים דכיון דעומד לכך הרי זה כבר כאילו היה. אבל באמת בגמ' שם אמרו דבזוטו של ים כו"ע לא פליגי דאע"פ דלא

בגמ' ב"מ דף כ"א נחלקו אביי ורבא בדין אבידה שאין בו סימן שלא נודע לבעליו בנפילתו עד אחר שבא ליד מוצא. רבא ס"ל דהרי אלו שלו, וייאוש שלא מדעת הוי ייאוש. ואביי ס"ל דייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש, וממילא אמרי' דבאיסורא אתי לידיה ולא יזכה בזה שוב. ואיפסקא התם הילכתא כאביי דישל"מ לא הוי ייאוש.

וחזינן בדברי הגמ' שם דנחלקו אביי ורבא בכל מקום דבעינן ניחותא, אי אמרינן דכיון דעומד לכך הרי הוא כאילו כבר נעשה. דהנה בגמ' שם הקשו על אביי ורבא משאר מקומות וכגון בתרומה לשוויי שליח, וכן בהכשר וזרעים דצריך ניחותא דבעלים, חזינן דלא נחלקו רק בדין ייאוש באבידה, אלא בכל מקום דבעינן רצון וניחותא.

וגדר הדברים נראה, דהנה וודאי בדבר חלות לא יועיל מה שאם היה יודע, שהרי סו"ס לא ידע ולא עשה, אלא נחלקו בדבר שצריך רק רצון וניחותא. בזה ס"ל לרבא דכיון שאם היה יודע היה מתרצה, א"כ נחשב כאילו שיש כאן עכשיו הרצון והניחותא. וכגון היכא דידוע בוודאות שהבעלים מעוניינים להפקיר נכסיהם פשוט

ליסודו של רבא כלל, אבל לשיטת הרמב"ם הרי מוכח דאף אביי מודה ליסוד הנ"ל, אלא שבדבר שאין בו סימן אין הדבר ברור לנו כ"כ כמו בזוטו של ים, שהרי אפילו אם יתוודע לו ויצווח לא יועיל וכמו שיצווח על ביתו שנפל, (עיי"ש ברא"ש דף כד ע"ב בדברי ר"ש בן אלעזר), משא"כ בדבר שאין בו סימן יש ראשונים דס"ל דיועיל מה שצווח. וא"כ הרי חזינן דבזוטו של ים ברור טפי הייאוש מדבר שאין בו סימן, ובזה אף אביי מודה דישל"מ הוי ייאוש, וחשיב כמו שאנו רואים את הייאוש אפי' קודם שנודע לבעלים. אולם באמת הקצוה"ח (בסי' רסב סק"א) הביא דברי הב"י שייסד בשיטת הרמב"ם דבמצווה לכו"ע יועיל, ולקמן בעז"ה נאריך בזה, ולפי"ז נמצא דגם אביי מודה דלפעמים מהני הדבר למפרע וכנ"ל בדבר שאין בו סימן הוא דפליג, דאין הדבר ברור לגמרי ממש ודו"ק.

בדברי הש"ך דמותר להשתמש בשל חבירו מדין ישל"מ

איתא בגמ' (שם כב.) גבי עובדא דמרי בר איסק, שנתן אריסו לר' אשי ולמר זוטרא פירות לאכול, רב אשי אכל ומר זוטרא לא אכל, ואח"כ בא מרי בר איסק והתברר הדבר דניחא ליה. ונתקשו הראשונים על מה סמך רב אשי עצמו לאכול, ואין לומר דס"ל דכיון דנתברר הדבר דהשתא ניח"ל

ידעו בעליו מ"מ הרי אלו שלו, ויש לדון בזוטו של ים מדין מה מותר.

ובאמת בדבר זה מצינו שנחלקו בו הראשונים, דשם דף כד' אמרו בגמ' וז"ל: "וכן היה ר"ש בן אלעזר אומר, המציל מן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס ומן זוטו של ים ומשלוליתו של נהר, המוצא בסרטיא ופלטיא גדולה ובכל מקום שהרבים מצויין שם, הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשין מהן". וברא"ש שם כתב דהאי טעמא 'מפני שהבעלים מתיאשים' לא קאי על זוטו של ים אלא על רבים מצויים שם, דבזוטו של ים אין הטעם מפני הייאוש. וכן משמע מהרשב"א והריטב"א (בדף כ"א) דזוטו של ים אינו מותר למוצאו מדין ייאוש אלא רחמנא אפקריה¹. אולם בהירושלמי ילפינן לדין ייאוש מדין זוטו של ים, הובא בתוס' דף כז ע"א, וכן משמעות לשון הרמב"ם בפרק י"א המלכות גזו"א ה"י שכתב וז"ל: "המוצא אבידה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר שאינו פוסק, אע"פ שיש בה סימן הרי זו של מוצאה. שנ' (דברים כ"ב ג') אשר תאבד ממנו ומצאתה, מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתייאש ממנה". ומשמע דמדין ייאוש קא אתינן עלה.

ולפי"ז נימא דלשיטת הרא"ש דזוטו של ים לאו מדין ייאוש אין אביי מודה

1 וברשב"א שם כתב דטעם ההפקר הוא מפני הייאוש, אבל לא מדינא דייאוש. והבן.

אמרינן דמעיקרא נח"ל, שהרי קיי"ל כרבא דישל"מ לא הוי ייאוש. ולכך כתבו הראשונים דרב אשי לא חשש שהפירות היו שייכים לבעלים, כי של האריס היה וכמו שנפסק בגמ' ב"ק (כדף קי"ט א). ובדברי התוס' (ב"מ כב. ד"ה מר זוטרא) חזינן דלפי רבא היה מותר, ולכאורה יש להקשות דדווקא בדבר שהיה עומד לכך ס"ל לרבא דישל"מ הוי ייאוש, ומאן יימר דכאן היה יח"ל למרי בר איסק ליתן פירותיו לחכמים. ויש לתרץ ובאמת כבר מבואר כן בראשונים, דכיון שהיו תלמידי חכמים ודאי היה נחותא לבעלים שיאכלו משלו, והוי דומיא דדבר שאין בו סימן. ועיין שם בתוס' דמר זוטרא היה חושש ולא דמי לסוגיא הנ"ל, ואכאמ"ל.

והנוגע לענייננו, נמצאנו למדים מדברי הראשונים דהיכא שאדם רוצה להשתמש בחפץ של חברו ואין הבעלים שם שיוכל לשאול ממנו רשות, אסור לו להשתמש בזה, ואם השתמש בזה עבר על 'לא תגזול'. ואפי' אם אח"כ כשנודע לבעלים שהלה השתמש בחפץ שלו הביע הבעלים הסכמה על הדבר, מ"מ לא יועיל משום דקיי"ל כאביי דייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש.

אך לא כן הוא שיטת הש"ך² בסימן שנ"ח, שכתב וז"ל: מדברי התוס' פרק

אלו מציאות (דף כ"ב) סוף ע"א והגהת אשר"י והגהת מרדכי שם מבואר, דאם אדם נותן לאכול לחברו מדבר שאינו שלו אלא של חברו, אע"פ שידוע שחברו יתרצה אסור לאכלו, דהלכה כאביי דיאוש ש"מ לא הוי יאוש ואע"ג דהשתא נחא ליה מעיקרא לא הוי נחא ליה. ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר, ויאוש שלא מדעת שאני שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובע"כ הוא מתייאש, א"כ אמרי' מעיקרא באיסורא אתי לידיה. דבמה יקנה, אי ביאוש הא השתא אינו מתייאש, ואילו היה יודע שהוא אצלו לא מתייאש. משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצה א"כ השתא נמי בהיתרא אתי לידיה, דמסתמא אינו מקפיד על זה. ואע"ג דבש"ס שם מדמה תרומה וטומאה ליאוש שלא מדעת - טעמא אחרינא איכא התם, דלענין תרומה וטומאה ידיעה ממש בעינן, ע"ש. עכ"ל הש"ך.

ודבריו תמוהים, דמאי שנא משום דאינו בע"כ, הא כיון שצריך נחותא דבעלים והוא עדיין אינו יודע היאך מהני ידיעתו שלאחר מכן להועיל על עכשיו. וכן צ"ב בדבריו מה שתירץ מהא דדימו בגמ' תרומה וטומאה לייאוש שכתב ע"ז משום דבעינן ידיעה ממש, וקשה דהא אף שם אינו בע"כ, [ואם היה צריך ידיעה ממש לא היה

2 וכן מצינו כמה פעמים בדברי הנתיב"מ דס"ל ג"כ כדברי הש"ך.

אמנם באמת דחוק קצת לומר דכן הוא כוונת הש"ך, שהרי הש"ך כתב דתליא מילתא אי הוי מדעתו או בעל כרחו [שהרי כתב דייאוש שלא מדעת לא מהני משום דהוי בע"כ], ומדברי העונג יו"ט עולה דלא תליא אלא אם סגי שלא יעכב או בעינן התרצות בפועל עוד יש לדון במה שכתב כדבר פשוט דמותר להשתמש בשל קטן ומשום דאין כאן 'קפידא', ואע"פ שאין כאן רשות וניחותא דהרי אין דעת לקטן מ"מ במה שאינו מעכב סגי, והרי בגמ' סוכה דף מ"ו אמרינן 'אמר רבי זירא לא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא טבא קמא, מאי טעמא, דינוקא מקנא קני אקנויי לא מקני, ואשתכח דקא נפיק בלולב שאינו שלו'. ולכאורה אי איתא לדברי העונג יו"ט מה מקום לחששא זו, הא כיון דאין הקטן מקפיד יכול הגדול לקנותו ממנו, דהרי לא ב'דעת' תליא מילתא אלא בקפידא, וכיון דאינו מקפיד מותר להשתמש ולקנותו במשפטי הממון.

והראשונים [תוס', הגהות אשר"י והגהות מרדכי שהעתיקם הש"ך לעיל ונחלק עליהם] דכתבו דאסור להשתמש בשל חבירו היכא דלא נתן לו רשות, יש לדון האם הסכימו לדברי העונג יו"ט וסברו דבקפידא תליא מילתא, וא"כ נצטרך לומר דאף בזה לא יועיל מה שאם היה יודע לא היה מקפיד דסו"ס עכשיו אמרי' שמקפיד שהשתמשו בשלו, וא"כ יש כאן עדיין איסור לא תגזול.

מועיל אף לפי רבא, ובגמ' משמע דרק לאביי קא קשיא להו]. וצ"ע.

ובשו"ת עונג יו"ט ביו"ד סימן קי"א ביאר שיטת הש"ך, דלהשתמש בשל חבירו ס"ל להש"ך דאי"צ הסכמה ורצון, אלא בזה שאינו מעכב שוב אין כאן לא תגזול, דעיקר גזל בקפידא תליא מילתא. משא"כ בייאוש צריך שיהא ניחותא של הבעלים שמסכים ומתרצה שמעכשיו לא יהא לו חפץ זה, [וה"ה בשאר ניחותא דגמ' היינו תרומה וטומאה דלא סגי באי-עיכוב ובעינן התרצות ממש] בזה ס"ל לאביי דא"א לומר דמשום דאח"כ התרצה אמרינן שגם מעיקרא היה כאן ההתרצות והניחותא. והיינו שבשימוש משל חבירו הרי כל האיסור הוא 'לא תגזול', וא"כ כל כמה שאינו מעכב אין כאן איסור - דאין כאן קפידא, ואי"צ לומר החידוש שכבר מהשתא מסכים ומתרצה אלא שאין כאן עיכוב, ואתי שפיר. ולדברי העונג יו"ט הרווחנו ביאור דברי הגמ' מאי קא קשיא להו מתרומה וטומאה, דהגמ' הק' שהרי אף שם בעינן ניחותא ורצון דבעלים, וקשה לאביי דלפי שיטתו לא אמרינן שנתברר למפרע.

ועפ"ז ייסד העונג יו"ט לומר דמותר להשתמש בשל קטן כשנותן רשות, ואע"פ דאינו יכול להקנות משום דאין לו דעת מ"מ להשתמש בשלו מותר, דכיון דאינו מקפיד שוב אין כאן איסור.

או נימא דס"ל דלהשתמש בשל חבירו צריך
ניחותא והסכמה, ואין מספיק בזה שאינו
מקפיד.

ישל"מ בקנין אי מועיל כמו ייאוש

יש לדון במי שעשה קנין, באופן שלא ידעו
הבעלים בפועל אך היה ידוע שיהיה
ניחותא לבעלים מזה, האם מועיל מדין
ישל"מ. ואע"פ דקיי"ל ישל"מ לא הוי ייאוש,
מ"מ נפק"מ היכא שמועיל אף לאביי, וכגון
לדבר מצווה כמו שכתב הב"י לדעת
הרמב"ם, וכדלקמן.

איתא בגמ' קידושין דף נ"ב ע"ב מעשה
גבי ההיא סרסא דקדיש בפרוזמא
דשיכרא בלא ידיעת הבעלים, ואח"כ באו
הבעלים ואמרו לו כלך אצל יפות, אתא
לקמיה דרבא אמר ליה לא אמרו כלך אצל
יפות אלא בתרומה בלבד. והיינו דאין אנו
אומרים כלל דניח"ל עכשיו לבעלים, אלא
משום כיסופא הוא דאמר ליה הבעלים הכי
עיי"ש. והקשו התוס' שם (ד"ה אם נמצאו)
דהרי בב"מ אוקמא לההיא ברייתא דתרומה
בדשוויה שליח, דאל"כ לא הוי מועיל ומשום
דבעינן לדעתכם, וא"כ היאך מייתי ראייה
דכלך אצל יפות מועיל מתרומה והרי שם
אוקמינן דשוויה שליח, ותירץ התוס' דצ"ל
דאף בעובדא דקידושין איירי בדשוויה
שליח. ובאמת דקושיית התוס' הוא פלא
גדול, דנהי דבתרומה איירי בדשוויה שליח,
מ"מ אפשר להביא ראייה לגבי לשון 'כלך

אצל יפות' שהכוונה דניח"ל, וצ"ב,
ואכזהמ"ל.

עכ"פ מבואר בדברי התוס' דדווקא בעשה
שליח מהני. ולכאורה יש לתמוה
טובא, שהרי התם אתא לקמיה דרבא ורבא
הרי ס"ל דישל"מ הוי ייאוש, וא"כ לדידיה
אפי' בדלא שוויה שליח מהני, ואמאי
הוצרכו תוס' לאוקמא בדשוויה שליח. וע"כ
צ"ל דכוונת התוס' דהכא משום קנין איירי,
ומשו"ה אפי' לרבא לא יועיל אלא בדשוויה
שליח. אולם בתוס' ר"י הזקן שם כתב,
דאע"ג דקיי"ל דישל"מ לא הוי ייאוש, מ"מ
הכא הוי רבא לשיטתו, וע"כ דס"ל דאף
לקניין יועיל ע"י ייאוש שלא מדעת. ובאמת
דלפנ"ר מוקשה שיטת התוס', מאי טעמא לא
יועיל אפילו בלא שליחות אלא מטעם
ישל"מ לחוד, כיון דהקנין אינו עושה המקנה
כ"א הקונה, ומצד המקנה בעינן רק הסכמה,
וא"כ הוי כשאר רצון וניחותא דמועיל
ישל"מ. וצ"ל בשיטת התוס' דסבירא להו
דחלות קנין גם המקנה פועל ולא הוי רק
הסכמה ורצון, וא"כ בחלות ודאי דלא מועיל
ניחותא ורצון לבד מדין ייאוש שלא מדעת.
וכמו בלעשות חלות הפקר כו"ע מודו דלא
יועיל, ה"ה כאן.

בדברי הקצוה"ח בישל"מ בדבר מצווה

הקצוה"ח סימן רס"ב ס"ק א' הביא דברי
הרמב"ם בפרק ד' מהלכות
תרומות ה"ג, וז"ל: "התורם שלא ברשות או

הכי נמי מסתברא דאי סלקא דעתך דלא שוויה שליח מי הוא תרומתו תרומה, והא אתם גם אתם אמר רחמנא לרבות שלוחכם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, אלא הכא במאי עסקינן כגון דשויה שליח ואמר ליה זיל תרום ולא אמר ליה תרום מהני" וכו'. וא"כ היה לו לבי" להקשות לכו"ע. ועיין בביאור הגר"א שכתב דגירסת הרמב"ם שם בגמ' 'ותסברא' והא אתם אמר רחמנא וכו', ופירושו דבאמת לפי רבא אי"צ לאוקמא דמינוהו שליח, דכיון דאתרבי פרשת שליחות אמרי' 'מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם', וכיון דאם הוי ידע היה ניח"ל שיעשה שלוחו א"כ נעשה שלוחו ממילא, וזוהי תמיהת הגמרא: 'ותסברא' דאיירי בדשוויה שליח, והא שליחות מועיל וא"כ ישל"מ הוי ייאוש³. ונמצא דלגירסא זו מסיק בגמרא דרק לאביי צריך לאוקמי בדשוויה שליח - משא"כ לרבא, ולכך הקשה הקצוה"ח רק מאביי דס"ל דישל"מ לא הוי ייאוש דקיי"ל כוותיה, ולשיטתו דווקא בדשוויה שליח ואל"כ הוי ישל"מ, ומזה ייסד היסוד הנ"ל דמצווה שאני.

והראיה שכתב הב"י לשיטת הרמב"ם מהש"ס בקידושין תמוה מאוד, דהרי התם רצו להביא ראיה מההיא דתרומה

שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם, אם בא בעל הבית ואמר לו כלך אצל יפות אם היו שם יפות ממה שתרום תרומתו תרומה שהרי אינו מקפיד, ואם לא היו שם יפות אין תרומתו תרומה שלא אמר לו אלא על דרך מיחוי. ואם בא בעל הבית וליקט והוסיף בין יש לו יפות מהן בין אין לו תרומתו תרומה" עכ"ד הרמב"ם. והביא הקצוה"ח בשם הב"י ביורה דעה סימן של"א שייסד בדעת הרמב"ם, שמה שלא כתב הרמב"ם דדווקא בדשוויה שליח - וכמסקנת הגמ' בב"מ דווקא בדשוויה שליח מהני, דהרי ייאוש של"מ לא הוי ייאוש וכדאביי דקיי"ל כוותיה, משום דס"ל להרמב"ם דמהא דלא אוקי הגמרא בקידושין שם בההיא דקדיש בפרוזמא דשיכרא דמיירי דווקא בדשוויה שליח, מוכח דניחותא דמצווה שאני, ובזה אף לאביי ישל"מ הוי ייאוש, וטפי מבורר ומוכח מדבר שאין בו סימן דבזה ס"ל דישל"מ לא הוי ייאוש.

ומדברי הב"י שכתב להקשות דווקא מהא דקיי"ל כאביי דישל"מ לא הוי ייאוש וא"כ דווקא בדשוויה שליח, יש לתמוה דהרי בב"מ כ"ב בסוגיא דתרומה שם אוקי בדשוויה שליח אפי' לרבא ומשום דבעינן 'לדעתכם', וכמו שאמרו בגמ': "תרגמה רבא אליבא דאביי דשויה שליח.

3 ובאמת דנוסח קושיית הגמרא דחוק, דמה לו להאריך ב'לדעתכם' כיון שרוצה רק להביא מקור דמועיל שליחות, ועיין בשיעורי הגר"ש שמתמה ע"ז.

להיכא שקידש בשל חבירו, ואי נימא דמשום דלא אוקמא בגמ' דווקא בדשוויה שליח משום דדבר מצווה שאני, א"כ נהי דתרומה הוי מצווה לבעל הפירות בזה שמפריש פירותיו, אבל קידושין לא הוי מצווה לבעל הממון בזה שאחר מקדש בשלו. ונהי דאמרו שם בגמ' דקידושין לא מהני ורק בתרומה, זהו מטעם אחר דאמרינן שם 'לא אמרו כלך אצל יפות אלא בתרומה בלבד' משום דהוי דבר מצווה, והיינו דבזה שהבעלים באו לכאן ואמרו 'כלך אצל יפות' אין הכוונה שבאמת ניחא ליה אלא משום כיסופא הוא דאמר הכי, ורק לגבי תרומה דהוי מצווה אמרינן דניחא ליה עכשיו בזה שמגלה דעתו ע"י 'כלך אצל יפות'. ורבא ג"כ מסכים לדין זה בב"מ דאע"פ דסובר דישל"מ הוי ייאוש, מ"מ אין בלשון הזה ראייה דניחא ליה עכשיו, ורק בתרומה אמרי' כן משום דהוי דבר מצווה. אבל באמת אם נדע דניחא ליה לבעלים עכשיו וכגון היכא דיאמר להדיא דניחא ליה, משמע דיועיל, וא"כ היאך אפ"ל דהא דלא אוקמי בגמ' קידושין בדשוויה שליח משום דמצווה שאני, הרי התם משמע דבקידושין ג"כ יועיל, אלא דלא ידעינן דבאמת ניחא ליה עכשיו אבל אי ידעינן מועיל. והרי זה אינו מצווה, וא"כ ממ"נ אי דנימא דאיירי שם בדשוויה שליח וכמו שכתבו התוס', או דנימא דלא איירי בדשוויה שליח ורבא לשיטתו וכדברי תוס' ר"י הזקן, אבל מה שכתב דהתם אפי' לאביי ניחא ומשום דהוי דבר מצווה קשה מהגמ' בקידושין.

ובהכרח צ"ל דראיית הב"י הוא דס"ל להרמב"ם, דלהביא ראייה דלשון 'כלך אצל יפות' הכוונה היא דניחא ליה, חלוק היכא דשוויה שליח ללא שוויה שליח, וכיון דאוקמי בתרומה דשוויה שליח א"כ מנ"ל להביא ראייה לההיא עובדא דלא איירי בדשוויה שליח, ובע"כ דס"ל בגמ' קידושין דאין צריך לשוויה שליח ומשום דמצווה שאני, ושפיר ילפינן להו מההיא עובדא בקידושין ד'כלך אצל יפות' הוי גילוי דעתא דניח"ל.

והקצוה"ח שם כתב עוד להוכיח דלדבר מצווה כו"ע מודו דישל"מ הוי ייאוש, ממה שאמרו הפוסקים דמותר לקחת אתרוג של חבירו ללא רשותו, ומשום דניח"ל דלהוי מצווה בממונו, ובהכרח דדבר מצווה שאני. אולם באמת כבר הוכחנו לעיל מחלוקת הראשונים בדין קנין אי שייך בהו ייאוש שלא מדעת, ולפי שיטת התוס' דקנין מצד המקנה לא הוי רק ניהותא והסכמה אלא ממש חלות, וממילא לא יועיל בזה ישל"מ כלל, וא"כ ה"ה לדבר מצווה לא יועיל, דאפי' לרבא לא יועיל דלא שייך, וחזינן דס"ל להקצוה"ח כשיטת תוס' ר"י הזקן.

ובהמשך דבריו כתב עוד לבאר דברי הרמב"ם במה שכתב 'או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם' ומבואר דמהני, וקשה שהרי שם לא הוי מצווה. והביא בשם הט"ז

וכע"ז איתא בתוס' בסוכה בדף ל בהנהו אוונכרי, שגם שם הייאוש בקרקע אינו מועיל, ומ"מ היכא דתלשן מועיל הייאוש מיד, אע"פ דלכאורה לא ידעו הבעלים בתלישתן והוי ישל"מ, אלא משום דאין התלישה הוא המתיר אלא הייאוש הוא המתיר, אלא דהיכא דהוי מחובר עדיין אין הייאוש יכול להועיל, אבל היכא דנתלש שוב מועיל הייאוש מקודם.

בביאור ראית הב"י לדעת הרמב"ם מהא דקידושין

נתבאר לעיל שהב"י מביא ראיה דניחותא דמצוה שאני ואי"צ ידיעת הבעלים, מהא דמרי בר איסק ומההוא דקידושין מההוא דקדיש בפרוזמא דשיכרא. ונראה לבאר בדבריו דהנה בקידושין שם נחלקו הראשונים היאך איירי, דהתוס' שם הוכיחו דאיירי בדשוויה שליח, עיי"ש שכתב דאוקי בב"מ הא דתרומה בדשוויה שליח, והקשו התוס' א"כ מה הוכיחו מהתם לההוא דקדיש בפרוזמא דלא איירי בדשוויה שליח. ותי' התוס' דאף הגמ' בקידושין איירי בדשוויה שליח. והנה תורף קושייתם צ"ב, דהרי בגמ' למדו מהא דתרומה שאם בא הבע"ב אח"כ ואמר 'כלך אצל יפות מהן' חזינן דקא ניח"ל וא"כ נימא ה"ה בההוא דפרוזמא, ונהי דבתרומה איירי בדשוויה שליח - בין לאביי

דביאר דברי הרמב"ם שחבירו תורם בשביל עצמו, ולא בשביל בעל הפירות, וזה גם מצווה דהרי הפרשת תרומה מצווה הוא. וע"ז תמה הקצוה"ח דנהי דהוי מצווה אבל לבעל הפירות לא הוי מצווה, ונהי 'דניחא ליה לאיניש דנעביד מצווה בממוניה' זהו דווקא היכא שאין לו פסידא, אבל היכא שיש לו הפסד ודאי שלא, וא"כ מ"ט מועיל והרי ישל"מ לא הוי ייאוש.

ועיין שם שתירץ ע"פ דברי הרמב"ן בב"ק בפרק הגוזל בתרא דהא דמהני ייאוש ושינוי השם לאו מדין ייאוש הוא, אלא 'שינוי השם' בעצמו הוא המתיר, ולכן בטלה ונעשה איל אי"צ ייאוש, אלא היכא שהקדיש או שתרם תרומה צריך לייאוש משום דאל"ה לא היה שינוי השם לחד מועיל לאחולי עליהם דין הקדש או תרומה שהרי הבעלים עדיין מרדפים אחריה, ורק היכא דאייאש ושוב לא ירדפו אחריה בכה"ג הוי שינוי השם לגמרי, ובזה מועיל ההקדש. וכיון שכן אי"צ שיהא ייאוש בפועל אף לאביי, דאין הייאוש המתיר כמו באבידה שהוא הגורם להתיר זכיה, אלא כל הגורם לחלות ההקדש ולתרומה הוא השינוי השם בלבד - אלא צריך ייאוש בכדי שיהיה שינוי השם גמור, ובזה ודאי כיון דאם הבעלים היו יודעים לא היו מרדפים, כבר נחשב לשינוי גמור ויועיל⁴.

4 ומ"מ מוכח מדברי הב"י דמצווה שאני, דהרי היכא שתרם לבעה"ב כיון דלא גזל לא שייכא האי דשינוי השם, ובהכרח דניחותא דמצווה שאני, קצוה"ח.

ומשום ישל"מ, ובין לרבא משום לדעתכם - אבל עכ"פ שפיר הוכיחו שלשון זה של כלך אצל יפות מהן משמעותו דקא ניח"ל. וכבר הקשינו כן לעיל.

על כל פנים מבואר בדברי התוס' בההיא דקידושין דאיירי בדשוויה שליח, ואי נימא דהב"י ס"ל כדעת התוס' א"כ אין כאן שום ראייה, דאדרבא מיירי דווקא בדשוויה שליח, אולם בתוס' ר"י הזקן שם כתבו דלא איירי בדשוויה שליח ואע"פ דייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש, דהכא קיי"ל כאביי

בב"מ, מ"מ הכא רבא לשיטתו קאמר דליה ס"ל דישל"מ הוי ייאוש, ומשו"ה אפי' בדלא שוויה שליח נמי יועיל היכא שבא בעה"ב וגלי דעתיה דניח"ל, עכת"ד. וא"כ הב"י שכתב דבהא דקידושין מוקי לה בדלא שוויה שליח קאזיל בשיטת תוס' ר"י הזקן. אבל עדיין צ"ב דא"כ מנ"ל האי יסוד דניחותא דמצווה שאני אף לאביי, דילמא רבא לשיטתו דס"ל ישל"מ הוי ייאוש ואפי' בלא ניחותא דמצווה. ובהכרח צ"ל דמהא דהביאה הגמ' ראייה מההיא דתרומה חזינן דניחותא דמצווה שאני, ועלו יפה דברי הב"י.

הרב אברהם אלימלך לעדרייך

בירור הלכה בדיני סימנים בזמנינו

הגמרא בפרק אלו מציאות דנה על סימנים רבים ומגוונים, וש"ט האם הם נחשבים כסימן שראוי להסתמך עליהם בנוגע להשבת אבידה, או כסימנים שאין להסתמך עליהם. אולם הסימנים שהגמרא פירטה הם סימנים אשר היו שכיחים בימים ההם, וכגון חמור בסימני אוכף וכדו'. והמחבר בסימן רס"ב הלך בעקבות דברי הגמרא, והדוגמאות המצויות בשו"ע הינן הדוגמאות שנלקחו מהגמרא. ויש לדון מה הדין בזמנינו שהמציאות השתנתה בכמה וכמה דברים ממה שהיה נהוג בזמן חז"ל, מה גדרם של סימנים המצויים כיום.



בדי מחטין וצינוריות ומחרוזות של קרדומות'. ובפשטות הטעם הוא, משום שהמכריז כשיכריז שמצא ביצים מיד יידעו כולם מהו מניינו, כי המשמעות של ההכרזה "מצאתי ביצים" מורה מיד שמצא תבנית ומניין הביצים שבתבנית ידועה לכולם. ועיי' בקצוה"ח סי' רנט סק"ב.

אלא שיש להדגיש שלכאור' לא תמיד אמרינן שדבר הנמכר בכמויות אין בו סימן מניין. ולדוגמה שישיה של קולה או סודה - הגם שהוא מצוי - מ"מ רוב הלוקחים קונים רק שתים או שלוש בקבוקים, ורק אלו שצריכים כמות [כמו בתי כנסיות או בעלי שמחה] קונים שישיות, ולכן קשה לומר שהמשמעות של המכריז בקבוקי קולה הוא שישיה. אבל אם הטעם של מניינא דשווין הוא משום איתרמי, היינו שאנו תולים

במאמר שלפנינו נפרט כמה וכמה סימנים השכיחים בזמנינו, וננסה להקיש אותו בס"ד לאיזה סימן המובא בגמ' הוא דומה.

סימן מנין במוצר שקונים רק בכמויות

בגמ' מובא (ב"מ כג:): וכן נפסק גם בשו"ע (סי' רסב סט"ז) כי מנין הוי סימן. ויש לדון מה הדין במוצא תבנית ביצים, האם מניין הביצים בתבנית נחשב כסימן. ולכאור' נראה דלא אמרינן שהמניין הינו סימן, משום שכל החנויות מוכרים אותו באופן כזה. וכמו שמצינו שמחרוזות של דגים ובדי מחטין אינו סימן, עיין בגמ' (שם) 'ומחרוזות של דגים וכו' ולהוי מנין סימן, במנינא דשווין'. עוד שם, (דף כד.) 'ואלו הן כלים חדשים שלא שבעתן העין שאינו חייב להכריז, כגון

שבמקרה כיוון למספר המדויק, לכאורה בזה שייך איתרמי ועדיין אין בו סימן.

סימן מנין בשני אריוות

אך אם מצא שתי תבניות הוי סימן. הגם דבעלמא לא אמרינן סימן מנין בשתיים, היינו משום שמכריז לשון רבים ומיעוט רבים שנים אינו סימן, אבל כאן שאפילו על תבנית ביצים מכריזים מצאתי ביצים, שתיים הוי סימן.

וכמו כן מצינו (ב"מ דף כד.) שהמוצא ב' בדים של מחטים חייב להכריז, ועיי"ש בריטב"א שהעיר דאף על גב דמבואר (לעיל דף כ:) דשנים לא הוי סימן מנין, התם משום דמכריז טבעי מצאתי או שטרות מצאתי דמיעוט שטרות או טבעי שנים, אבל הכא איירי שהמוצא אומר דגים מצאתי או מחטי מצאתי והלה אומר ב' בדין או ג' היו. מבואר מדבריו שכל שאפילו על אחד אומרים לשון רבים בשתיים הוי סימן מנין, ומבואר כבר כעין זה בשאר ראשונים (רא"ש, פסקי הרי"ד, רבינו פרץ, תלמיד הרשב"א ושיטמ"ק שם בשם כמה ראשונים).

ולפי"ז נראה עוד שאם מצא ב' ביצים בודדות שנשארו באריזה חייב להכריז ושנים הוי סימן, כיון שבדרך כלל המכריז ביצים המשמעות הראשונית הוא תבנית של ביצים, אין משמעות מההכרזה שמצא שתיים. ואין להקשות כיון שאם היה מוצא תבנית לא היה מכריז, וא"כ שוב חזר

למשמעות ההכרזה שתי ביצים בודדות, זה אינו והוא בכלל דברי הט"ז (סימן רס"ב סעיף י"ב).

אמנם יש להעיר בזה מדברי הב"י (סימן רס"ב) שמביא דברי הרמב"ם שב' מחטין צריך להכריז, ותמה עליו הב"י אמאי במצא ב' חייב להכריז - מאי שנא ממצא ב' מטבעות דאפילו עשוי כמגדל אינו חייב להכריז. ולכאורה מאי מקשה, כיון שנתבאר שהמשמעות של מחטין מצאתי הוא בד אחד, א"כ ב' מחטין הוא סימן כמו ב' בדי מחטין, ולכאורה מוכח מהב"י דלא כדברינו. [אלא שיש לדחות כיון שהרמב"ם לא הזכיר בדי מחטין לא יתכן לפרש כן בדבריו].

ואף דקיי"ל דלא אמרינן סימן מנין דרך נפילה, מ"מ הכא שאני הואיל והדרך הוא שמה שנשאר בתוך התבנית אינו מתפזר, ושפיר הוי סימן אפילו דרך נפילה.

[ועדיין] יש לדון בזה שאולי יש במשמעות המכריז אחד מהשניים, או תבנית שלימה או ב' ביצים, ולכן בשניהם אינו סימן. וצ"ע.]

סימן מנין בחפץ שיש עליו מבצע

עוד נראה שהמוצא כמות של מוצרים שעל אותו כמות יש מבצע בחנות, אינו סימן. וכגון כשעושים מבצע של שתיים פלוס אחד ומוצא שלש מוצרים מאותו סוג, או מבצע של ארבע במאה ומוצא ארבע אינו סימן, דבאותו זמן הו"ל כמו 'במנינא דשוין'.

[ואינו] ברור מהו הגדר בזה, לדוגמה חנות ספרים שיש מבצע על ספר מסוים ורבים מהקונים קונים אותו, עדיין יש מקום לומר שהשעה הוי סימן כיון שאינו מצוי בחנות ספרים הרבה קונים בו זמנית, משא"כ סופרמרקט ודאי מצוי ביום של המבצעים ששניים קונים את אותו חפץ באותו זמן].

שקית עם מוצרים שונים

המוצא שקית קניות עם כמה מוצרים, לכאורה זה לבד שהאובד יכול לפרט איזה מוצרים היה לו בשקית הרי הוא סימן. והגם שבעלמא האומר מהו חפץ הנאבד אינו סימן, מ"מ הכא שהוא צירוף ספציפי מאוד איזה חפצים נמצאו, הרי הוא כסימן מנין ומשקל.

אלא שיש לדון בזה מאי מכריז. שהרי להלכה קי"ל גלימא מכריז, וכאן אם יכריז שקית קניות מצאתי א"כ למה מוצר אחד אינו סימן – הא אפשר שפיר להכריז מצאתי שקית קניות, אלא משום שצריך להכריז איזה מוצר מצא, א"כ גם בכמה מוצרים יכריז מה שמצא, ושוב ליכא סימן. ואולי יכריז מצאתי מוצר פלוני, והאובד יאמר עם איזה עוד מוצרים הוא היה.

[ויש] באמת להעיר שהדרך היום שהמכריז מכריז מצאתי שקית קניות, ואינו מכריז איזה מוצר מצא, וא"כ יש לדון בזה שגם מוצר אחד יהיה סימן].

[ויש] לדון מה הדין אם יש מבצע על שלוש או ארבע ומצא שנים אם הוי סימן, כיון שהמכריז אז סתמא כוונתו לשלוש, וכמו שנתבאר לעיל, ויש לדון בזה].

קבלה עם ארבעת הספרות האחרונות של מס' אשראי, או שעת הקנייה

מצוי מאוד שמוצאים שקית קניות שבפנים נמצא קבלה, ויש לדון האם הקבלה נחשבת כסימן. והנה המשלם באשראי מופיעים בקבלה ארבעת הספרות אחרונות של מס' האשראי, וזה ודאי הוי סימן דלא גרע מסימן מנין. ואפילו אם שילם במזומן עדיין מצוין בקבלה השעה שבה שילם הקונה על הקניה, ולכאורה 'שעה' לא גרע מסימן מנין שמבואר בשו"ע שסימן מנין הוי סימן.

אך יש לציין שסימן מנין הוא רק בצירוף החפץ שמצא, כלומר: אם מצא שקית ובתוכה מצא בקבוק שמן, אז אמרין שהגם שהשמן מצוי ושייך לומר גביה איתרמוי איתרמי, וכמו"כ השעה שקנה הוא גם שעה רגילה שאומרים לגביו אתרמי [שהרי בסופר גדול ישנם מספר קופות הפועלות בו זמנית], מ"מ לא מתרמי שיהיו ב' אנשים שקנו שמן באותו שעה. ולכן, אם מצא חפץ שנתרבו עליו קונים באותו יום, כגון שיש מבצע על בקבוקי השמן שבדרך כלל רוב הקונים קונים כבר גם את השמן שבמבצע, וגם השעה מצויה שיתכן שכמה אנשים קנו דוקא רק מוצר זה, לכאורה אינו סימן.

מוֹצֵא מוֹצֵר אֶחָד בְּשָׁקִית אֶךְ בַּקְבֵּלָה
מוֹפִיעַ שְׁקֵנָה עוֹד מוֹצֵרִים

עוֹד נִרְאֶה שֶׁהַמוֹצֵא שָׁקִית שִׁישׁ בַּפְּנִים מוֹצֵר אֶחָד, אֲבָל בַּפְּנִים יִשְׁנָה קְבֵלָה וְשֵׁם יֵשׁ רְשִׁימָה שֶׁל כְּמָה מוֹצֵרִים שְׁקֵנָה, וְכִנְרָאָה הַנִּיחַ שָׂאֵר הַקְּנִיָּה בְּשָׁקִיתוֹת אַחֲרוֹת, צָרִיךְ לַהֲכַרִּיז. שֶׁהַמוֹצֵא יָדַע לַהֲגִיד מַה עוֹד הִיָּה בַּקְבֵּלָה, וְהָרִי הוּא סִימָן.

מוֹצֵא כֶּסֶף עַל סִטְנֵדֵר בֵּית כְּנֶסֶת

מִצְוֵי מֵאֹדֵר שְׁאֲנָשִׁים מוֹצִיָּאִים בְּתַפִּילָּה מִטְּבַעוֹת לַתֵּת לְצַדָּקָה, וְהִרְבָּה פַעֲמִים שׁוֹכְחִים אֶת הַמִּטְּבַעוֹת עַל הַשּׁוֹלְחָן. נִרְאֶה שְׁחִיב לַהֲכַרִּיז עֲלֵיהֶם, שִׁישׁ בָּהֶם סִימָן מְקוֹם, וְאִף שֶׁכָּתַב הָרֹא"שׁ בְּשֵׁם הָרֹאב"ד שֶׁאֵין סִימָן מְקוֹם לְמִטְּבַע, שֶׁבְּדַבְּרֵים קִטְנִים כְּמוֹ מִטְּבַע א"א לְכוּיִן הַמְּקוֹם, הֵינּוּ רַק בְּמִנִּיחַ מִטְּבַע בְּרֵה"ר שֶׁא"א לִפְרֵט בְּדִיּוֹק הֵיכָן הוּא נִמְצָא, אֲבָל הַמִּנִּיחַ בְּמְקוֹם תַּפִּילָתוֹ וְדָאִי יִכּוֹל לִפְרֵט בְּדִיּוֹק הֵיכָן הַמִּטְּבַע.

אֶךְ בְּמִקְוֹמוֹת שְׁבִיּוֹם שִׁישִׁי מְגִיעַ הַמִּנְקָה לְנִקּוֹת וְהוּא מְזִיז אֶת הַשּׁוֹלְחָנוֹת אוֹ אֶת הַסִּטְנֵדֵרִים מִתְּבַטֵּל הַסִּימָן מְקוֹם, וְלֹא עוֹד אֲלֹא אִפִּילוֹ אִם הִנּוּחַ הוּא שֶׁהַמִּנְקָה מְגִיעַ בְּשַׁעַת מְסוּיֶמֶת לְנִקּוֹת וּבְשַׁבּוּעַ זֶה אֵיחָר הַמִּנְקָה לַהֲגִיעַ, נִתְּבַטֵּל הַסִּימָן מְקוֹם כִּבְר מַהֲשַׁעַת הַקְּבוּעָה וְלֹא מִזֹּו הַמֵּאוּחָרֶת וְהָרִי אֵלּוֹ שְׁלוֹ. וְדוּמָה הַדְּבָר לְמָה שֶׁאֲמָרוּ בַּגְמָרָא (שֵׁם כֹּז.) שֶׁאִם שֶׁהָאֵל לְעֶרְכָּב

בְּפִירוּתוֹ הָרִי אֵלּוֹ שְׁלוֹ, עֵינֵי סִימָן רִס"ב סְעִיף י"ז.

אֲבָל אִם יֵשׁ שֵׁם ב' מִטְּבַעוֹת נִרְאֶה שִׁישׁ בְּזֶה סִימָן מִנִּין, וְהִגָּם שֶׁאֲמָרִינָן בַּגְמָרָא שְׁשֵׁתִּים אֵינּוּ סִימָן דְּטְבַעָא מְכַרִּיז, מ"מ נִהוּג כִּיּוֹם לַהֲכַרִּיז 'כֶּסֶף מִצָּאִתִּי' וְלֹא 'מִטְּבַעוֹת מִצָּאִתִּי', וּמִשּׁוֹ"ה גַּם שְׁתֵּים הוּא סִימָן. אֲבָל אִם הַמִּנְקָה הוּא גּוֹי יֵשׁ לְדוֹן שִׁישׁ יָאוֹשׁ, כִּיּוֹן שֶׁכִּנְרָאָה הוּא יִמְצָאֵנוּ וְיִקְחָנוּ לְעַצְמוֹ.

מוֹצֵא רֶב קוֹ אֲנוּנִימִי, כְּרִטִּים סִפֵּר אוֹ תוּוֹי קְנִיָּה

הַמוֹצֵא רֶב קוֹ אֲנוּנִימִי נִרְאֶה שֶׁהוּא כְּדַבֵּר שִׁישׁ בּוֹ סִימָן, כִּי יֵשׁ בָּהֶם ב' סִימָנִים. א' - נִיתֵן לְבִדּוֹק כְּמָה כֶּסֶף יֵשׁ בְּתוֹכּוֹ, ב' - אֲפֻשֵׁר לְבִדּוֹק מַה הֵם הַנְּסִיעוֹת הָאַחֲרוֹנוֹת. וְשִׁנִּיהֶם הוּא סִימָן, שֶׁלֹּא שִׁיךְ גְּבִייהוֹ אֶתְרָמִי.

וְהוּא הָדִין בְּמוֹצֵא כְּרִטִּים סִפֵּר אוֹ תוּוֹי קְנִיָּה, שֶׁאֲע"פ שֶׁאֵין בָּהֶם הַטַּעַם הַשֵּׁנִי מ"מ יֵשׁ אֶת הַטַּעַם הָרִאשׁוֹן.

אֲמִנָּם לְדוֹן בְּדַבֵּר מִצַּד סִימָן הָבָא מֵאֲלִיו, שֶׁהָרִי סְכוּם הַכֶּסֶף הַמִּצְוִי בְּכְרִטִּים אֵינּוּ יָדוּעַ לְבַעַל הַכְּרִטִּים. וְקִי"ל שֶׁכָּל דְּבָר שֶׁאֵינּוּ מִשִּׁים לֵב אֵלָיו הָרִי הוּא כְּמוֹ סִימָן הָבָא מֵאֲלִיו (עֵינֵי סִימָן רִס"ב סְעִיף ט"ו וְלַהֲלֹךְ גְּבִי מַעִיל עִם קֶרַע), וְאֵינּוּ חַיִּיב לַהֲחֲזִיר. וִי"ל דְּמ"מ הוּאִיל וְאֲנָשִׁים בּוֹדְקִים אֶת הָרֶב קוֹ לְשִׁים לֵב מִתִּי צָרִיךְ לַהֲטַעֵין אוֹתוֹ שׁוֹב, הָרִי זֶה נִחְשָׁב כִּידוּעַ לְבַעֲלִים סְכוּם הַכֶּסֶף שִׁישׁ בּוֹ. וְהוּא

מעיל עם קרע שאינו בולט והמסתעף
בגדר מצות השבת אבידה, והאם ספרדי
יכול לומר 'קים לי' כהרמ"א

מצא מעיל גשם או שאר בגד שיש בו קרע
שאינו בולט, לכאורה הרי זה בכלל
'סימן הבא מאליו' שנחלקו בו המחבר
והרמ"א (סימן רס"ב סעיף ט"ו). לדעת
השו"ע, אם מצא עיגול ובתוכו חרס ככר או
ובתוכו מעות הואיל ויש בהם שינוי חייב
להכריז, אבל הרמ"א שם כתב די"א [והוא
הטור בשם הרא"ש] דסימן הבא מאליו לא
הוי סימן. והכא נמי דכוותיה.

אך יש לדון אולי גם ספרדי שהולך אחר
פסקו של המחבר שמצא סימן כזה אינו
חייב להחזירו, משום שיכול לומר קים לי
כהרמ"א, ויל"ד בזה ב' נידונים, א' - האם
שייך לומר קים לי בהשבת אבידה, ב' - אם
ספרדי יכול לומר קים לי כהרמ"א ולא
כהמחבר.

והנה כשהספק הוא ספק מצווה גרידא אם
מחויב בהשבה, כגון אם יצויר
מחלוקת הפסוקים בזקן ואינו לפי כבודו,
לכאורה ל"ש לומר קים לי¹. זולת אם
נחדש שמצווה ממנוית דינה שונה ושייך
לומר עליה קים לי, וע"פ דברי התשב"ץ
(חלק ב' סימן רע"ב) שמצוות השבת אבידה

הדין בכרטיס ספר, הואיל ונהוג שהמקבל
הולך מיד לחנות לבדוק כמה כסף מוטען בו.

ויש לציין כי ברב קו שמופיע עליו שם,
הואיל ויכולים כיום להנפיק בקלות רב
קו חדש ולהטעין בתוכו את סכום הכסף
שהיה בכרטיס הישן, א"כ אם הכריז ולא
הגיעו הבעלים אינו חייב לשמור את הרב קו
ויכול לזרוק אותו, כי לא נגרם הפסד ממוני
לבעלים שהרי יכולים ללכת ולהנפיק כרטיס
חדש. אמנם מתחילה אסור לו לעשות כן
שהרי מפסיד לבעלים את עלות הנפקת
הכרטיס החדש [10 שקלים], ורק לאחר
הכרזה אם עדיין לא הגיעו הבעלים יכול
לזרוקו.

נתן סימן שהחפץ נמצא בתוך שקית
מסוימת

המוצא חפץ בתוך שקית של חנות מסוימת,
יתכן שזה לבד שיכול לפרט באיזה
שקית היה החפץ הרי הוא סימן. כגון אם
מצא ספר בתוך שקית של חנות שאינה מצויה
[שיש לה רק סניף אחד וכדו'] או שהשקיות
ייחודיות מאוד כנראה שדבר זה שיכול לומר
שהוא בשקית ספציפית זו הוי סימן.

מ"מ נראה שאם מצא הספר תוך שקית של
'אור החיים' אין זה סימן כיון שהוא
מצוי, ויש לדון מהו הגדר בזה.

1 דהוי ככל ספק מצווה. ואף שבכל דיני הממונות קיים איסור לא תגזול ושייך לומר קים לי, כבר האריכו
האחרונים בכמה אופנים לבאר מדוע אין היחס של דיני ממונות ללא תגזול כאיסור וכנודע דברי הקונה"ס
בזה ואכמ"ל. אבל בנידו"ד במצוות עשה של השב תשיבם ואיסור לא תוכל להתעלם, [לפי שיטת הסוברים

חשובה כספק ממוני, ואפילו המצוה עצמה דנים בה דין ממון לכל עניין².

אמנם כשהספק הוא גם ספק ממון אם הממון שלו כנידו"ד יל"ד האם שייך לומר קים לי. ולכאורה דבר זה תלוי במחלוקת הרמב"ם והרא"ש שנחלקו בדין ספיקות בהשבת אבדה [כגון ספק דר' ירמיה חצי קב בב' אמות, ספק הינוח ספק נפילה], שדעת הרא"ש שמספק חייב להכריז, ודעת הרמב"ם שמספק לא יגע בהן ואם נטל הרי אלו שלו.

וגדולי האחרונים (רעק"א, הפנ"י, ביאור הגר"א ר"ס כד כה ועוד) ביארו שנחלקו לשיטתם האם תקפו כהן מוציאים מידו או לא, שדעת הרמב"ם שתקפו כהן אין

מוציאים מידו ומועיל תפיסה בספקות³, ודעת הרא"ש שתקפו כהן מוציאים מידו⁴, ולפי"ז בנידו"ד גבי קים לי ודאי מהני, שגם לדעת הרא"ש מהני קים לי.

אלא שלשון הרא"ש הוא שחייב משום ספק מצוה, ומשמע מדבריו שס"ל שכיון שיש בזה מצוה מתייחסים לעניין כמו ספק מצוה ולא כספק ממון, והרמב"ם ס"ל שגם מצוה שיש בו ממון היחס כלפיה היא כספיקא דממונא, וכעין זה איתא בביאור הגר"א (קנ"ה ח' וכו"ה בגר"א סי' ר"ס ס"ק כ"ד)⁵.

[ואפשר לבאר צד נוסף במחלוקתם כפי ששמעתי מיד ידי ר' מנחם מענדל פרידמן הי"ו, שאפשר שנחלקו האם ספק בהשבת אבדה חשוב ספק מצווה - ודינו

שישנו לאיסור של לא תוכל להתעלם אף לאחר נטילה ע"מ להשיבה ולאחמ"כ נתכוון לגזולה, כך עולה מפשטות דברי הגמ' בדף כ"ו ע"ב שבנתכוון להשיבה ולאחמ"כ נתכון לגזולה עובר משום השב תשיבם, ומשמע שאין אלא השב תשיבם, וכן נפסק בטושו"ע סי' רנט סעי' א' שאין אלא השב תשיבם. וביותר שמדנקטה הגמ' לאחר ייאוש נתכוון לגזולה ולא מקודם ייאוש הרי שהדין שונה מקודם ייאוש, ובשלמא להתוס' שם הדין שונה לעניין לא תגזול שדווקא לאחר ייאוש אין לא תגזול, יעוי"ש בד"ה אינו עובר, אבל לדעת רש"י שהסיבה שאין לא תגזול הוא משום שאינו דומיא דויגזול את החנית מוכח שמקודם ייאוש הדין שונה - והיינו לעניין לא תוכל להתעלם שיעבור בנוסף להשב תשיבם, וכן הוכיח במלוא הרועים. למרות שמלשון רש"י נראה שאין לא תוכל להתעלם אלא אזהרה לכובש עיניו ונמנע מלהציל. [ועי' דעת בעה"מ שאף בלאחר ייאוש נתכוון לגזולה עובר משום לא תוכל להתעלם].

2 וז"ל התשב"ץ: "ובפ' אלו מציאות (כ"א ע"א) איבעיא להו חצי קב בשתי אמות קביים בשמונה אמות. והרי"ף ז"ל השמיטה לפי שאינו דבר מצוי, והרמב"ם ז"ל פסק לא יגע, ואם נטל אינו חייב להחזיר. והתם (ל' ע"ב) איבעיא לן דרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר, ולא אפשר. וכו' הרי"ף ז"ל הילכך לא יחזיר, ואף על גב דהשבת אבידה מצוה היא והוה לן למיפסק לחומרא, כיון דשייך בממונא מספקא לא מחייבי" עכ"ל.

3 ולפי"ז הרמב"ם הנ"ל שכתב זכה בה בדבר שאיב"ס, היינו דווקא בספק הינוח ספק נפילה וכדעת הב"ח. 4 אלא שצ"ב שבתשובות הרשב"א מבואר שבאופן שיש חזקת מר"ק לכו"ע מוציאים מידו, וביארו האחרונים (שערי ר' שמואל) שלא חשיב חזקת מר"ק, לצד שחזקת מר"ק אינו חזקה דמעיקרא אלא מוחזקות, ואבידה שאבודה ממנו פקעה מוחזקותו.

5 וכמח' הרשב"א והרמב"ן (ר"ן נדרים דף ז') גבי יד לצדקה אם חשיב ספיקא דממונא או ספיקא דאיסורא.

אלא שיש לדון אם ספרדי שנוהג כדעת השו"ע יכול לומר קים לי כהרמ"א. כתב הרדב"ז (הובאו דבריו בכנסת הגדולה חו"מ בס' כ"ה דיני קים לי אות ו') דלא מהני קים לי אלא היכא שלא קבלו עליהם לדון כפי הפוסק ההוא, אבל במקומות שנהגו לפסוק כרמב"ם או כרא"ש אין לומר קים לי כנגדם, וזה ג"כ הטעם לדידן דנגרין אחרי הכרעת הרמ"א. וכעין סברא זו הובא גם בקונטרס הספיקות (כלל ו' סוף אות ו') וז"ל: וכן שמעתי שאין לומר קים לי נגד הכרעת הרמ"א, וכ"ז לדעתי מטעם קבלה נהגו ביה לפי שאנחנו נגררים אחרי הכרעת רמ"א, וע"ד שהבאתי בסמוך בשם הרדב"ז וכו' עכ"ל. וכה"ג כתב בפת"ש (חו"מ סי' כ"ה סק"ב) בשם החוות יאיר, וכתב כן שוב בסימן קצ"ד (סק"ג) בשם הכנסת יחזקאל וקבלה בידינו במקום דרמ"א מכריע הכרעתו הכרעה אף להוציא ממון. אך עיין בשבות יעקב (סוף ח"ב) בכללי ודיני קים לי, כשהביא את דברי הכנה"ג בשם הרדב"ז הנ"ל שם (סעי' ה'), סיים ע"ז דצ"ע.⁷

כספק איסור דלחומרא, או ספק ממוני ודינו הממע"ה. והיינו לא מחמת מצווה של ממון (וכדברי הר"ן בנדרים), אלא שבאמת יש ב' חלקים בהשבת אבידה, הן מצד מצוות השבה והן מצד האם הממון שלו, ונידון זה האם הממון שלו נגזר מהמצווה, כלומר שאם אינו מצווה בהשבה מחמת ייאוש בעלים או מחמת הפקר וכדו' הממון שלו. ונחלקו הרמב"ם והרא"ש איך דנים את שורש הנידון; האם דנים אם הוא חייב בהשבה, ואם אינו חייב בהשבה ממילא נעשה שלו, או שדנים רק האם הוא שלו, בלא שורש והתחלת הדבר שנעוץ במצוות השבת אבידה.⁶

עכ"פ לפי צד הראשון שנתבאר לעיל ודאי שייך לומר קים לי אפילו לדעת הרא"ש, ולפי שאר המהלכים הדבר תלוי במחלוקת הרמב"ם והרא"ש.

עכ"פ, כיון שדעת השו"ע (סימן ר"ס סעיף ז') כדעת הרמב"ם, ודאי שיכולים הספרדים - שהולכים בתר פסקי המחבר - לומר קים לי גבי ספק באבידה.

6 ויש לציין לחילוק נוסף בין ספק אבידה לדברי הר"ן בנדרים ששמעתי מפי הר"כ הרה"ג ר' יעקב בריזל שליט"א, שהשבת אבידה לא נחשב כנדר שהוא מצווה ממונית, לפי שמוכרחים להתחיל בשורש השאלה - אם יש חיוב השבת אבידה - בשאלה של מי הממון, ולאחר שפוסקים למי שייך הממון אזי יכולים לחייבו בהשבה, ולכן עיקר המצוה תלוי ב'ממון חבירו'. משא"כ בנדר, יסוד המצוה הוא 'כל היוצא מפיו יעשה' רק שהוא תלוי בכך אדם לחבירו.

7 ובביאוריו שם (אות ט"ז), כתב וז"ל, "ומ"ש וצ"ע בדין זה לפי שקשה הדבר, דמשום דאתריה דמר נוציא ממון מיד המוחזק במקום דיכול לומר קים לי, והוא מילתא חדתי ולא נזכר עוד בשום פוסק" עכ"ל. ועיין יביע אומר (חו"מ ח"ז סימן ב') שכתב עליו 'ונעלם מעינו הבדולח שכן כתב גם מרן הבית יוסף בבדק הבית הנ"ל, וכן הסכימו כל גדולי האחרונים. וע"ע באורים ותומים (סי' כה). ובשו"ת נחפה בכסף (חח"מ סי' יח) ובשו"ת קול אליהו ח"ב (חח"מ סי' א) ובשו"ת שער המים (ס"ס ט). ובשו"ת פני יצחק אבולעפיא (ח"א דקנ"ו ע"ד, וח"ה דקנ"ב ע"א) ובשו"ת רב פעלים ח"ב (חח"מ סי' ג) ועוד. עכ"ל.

[ועיין בארוכה בשו"ת יביע אומר (ח"מ ח"ז סימן ב') בגידו"ז].

אך יש לציין לשו"ת מנחת יצחק חלק ו סימן ק"ע שמכריע בזה שאפשר לומר קים לי כנגד הרמ"א, וכ"ה גם בספר 'השבת אבידה כהלכתו' בשם ר' ניסים קרליץ שנקט כן להלכה, וצ"ע.

עכ"פ קשה להכריע בזה להלכה, אבל אם נכריע בזה דאמרינן קים לי אז הדין הוא דהרי אלו שלו גם לולא קים לי, כיון שהבעלים מתייאשים שיודעים שלא יחזירו לו משום קים לי⁸.

מה הדין בציור הנ"ל בעיר שרוב התושבים הינם אשכנזיים, או להיפך

ויש לדון בספרדי - ההולך אחר פסקי המחבר, שמצא בעיר שרובו אשכנזים שהולכים אחר פסקי הרמ"א מעיל עם קרע שאינו בולט, שרוב אנשי העיר לא היו מחזירים אותו כיון שלשיטתם אין זה סימן, וא"כ ניתן לתלות שהבעלים התייאשו כיון שיודעים שרוב אנשים ייקחו את זה לעצמם.

ולכאורה דבר זה תלוי בספקו של רעק"א גבי עיר שרובו עכו"ם. דהנה תוס' (ב"מ דף כד. ד"ה כי קאמר) כתבו הטעם שנתייאשו בעיר שרובו עכו"ם 'דהמפסיד

מתיאש ואומר דכנענים שקלי ליה, ואפילו אם ישראל ימצאם לא יכריז, דתולה דמן הכנענים נפל דהן רובא' עכ"ל. ונסתפק רעק"א שם אם הוא דוקא כשיש ב' הטעמים, או אפילו בטעם אחד שייך יאוש. ועיי' שם שכ' משום הפנ"י לגבי מחצה על מחצה דבעינן תריווייהו.

ולפי דבריו יוצא, דאם בעינן ב' הטעמים של תוס' א"כ הכא לא שייך אלא הטעם הראשון - שיאמר שהרוב ימצאנו, [והם אשכנזים ההולכים עם הרמ"א ולא יחזירו], וא"כ לכאורה חייב להכריז שהרי ליכא ב' הטעמים וכל עוד דליכא ב' הטעמים ליכא יאוש, אבל אם סגי בטעם הראשון לכאורה הכא שייך טעם הראשון והרי אלו שלו.

ולהלכה נראה בדעת הפוסקים דלא בעינן ב' הטעמים, א' - הנה לכאורה יש להביא רא"י מהמוצא מציאה בבתי כנסיות של ישראל דיתבי ביה עכו"ם לשמור (עיין ב"מ דף כד.), ששם רוב האובדים הם ישראל רק שרוב המוצאים הם עכו"ם [וכמו שכתבו הרשב"א והנמו"י שם], ולהלכה נקטינן שם דהרי אלו שלו. וא"כ המיעוט ישראל שימצאנו לא יתלו בעכו"ם, ואפ"ה נקטינן דהרי אלו שלו. והיו יכולים לדחות ששם כיון שהעכו"ם נמצאים שם כל היום מצוי

8 ויש לדון מה הדין במצא כיכר ובתוכו מטבע שנסדק, שיש בו ב' פלוגתות בין המחבר לרמ"א, האם מטבע שנסדק חשיב סימן [לפי הרמ"א נחשב כסימן] (סימן רס"ב סעיף י"ג) אבל לדעת המחבר שם לכאורה אינו סימן], והאם סימן הבא מאליו הוי סימן [לדעת המחבר הוי סימן ולרמ"א אינו סימן]. ונראה כיון שב' המחלוקות אינם תלויים זה בזה שייך לומר קים לי בשניהם.

(כבא מציעא דף כג.) וז"ל: 'ומ"ד לא הוי סימן, כיון דרגילות לבא מאליו מסתמא לא ידע, כיון שאין ניכר בחוץ. אבל סימני בהמה שהן מאליהן הוי סימן כיון שניכר, וכן דבר שאין ניכר בחוץ אם אין רגילות לבא מאליו הוי סימן'.

אמנם עיין שושנת יעקב (בס"ר ס"ב סעיף ט"ו) שכ' וז"ל: 'וגם צ"ע למה השמיטו הרא"ש והטור וש"ע מה שכתבו תוס' בסוגיין בסימני בהמה שהן מאליהן דהוי סימן כיון שניכר ע"ש. ואדרבה, מדברי הרב ב"י כאן נראה להיפך, שלא דחה דברי המרשים מהא דחתיכות בשר רק משום דרובא דרובא הוא נעשה בכוונה, אבל אילו היה נעשה שלא בכוונה לא היה סימן דהוי כמו סימן הבא מאליו, והרי בחתיכות בשר ניכר הסימן מבחוץ, הרי דס"ל להרב ב"י דאף בה לא הוי סימן והוא נגד דעת התוס' עכ"ל⁹.

מ"מ להלכה נראה שאין להקל בזה כיון שדעת השו"ע שבכל אופן הוי סימן, ואינו ברור שהב"י חולק על תוס', ולכן חייב להכריז.

[ויש] להדגיש שהיינו רק כתם מאקונומיקה וכדומה שהוא כתם שאינו יורד, אבל כתם שיורד או שיש לתלות שקרה אחר שנאבד אינו סימן לכאורה].

יותר שהם אלו שאיבדו, אלא שהב"י מעתיק הנמ"י וא"כ משמע להלכה שאפילו ליכא טעם דתלייה אלא טעם דייאוש ג"כ מתייאשים הבעלים. ב' - לפי הט"ז (סימן רנ"ט) דלא אמרינן הטעם של רוב, לכאורה מוכח ששייך סברת הייאוש אפילו אם ליכא ב' הטעמים, שהרי לדבריו לא אזלינן בתר רוב, [וא"כ למה יסבור המאבד שהמוצא היהודי לא יחזיר], והגם דלא קיי"ל כט"ז מ"מ בזה אין לנו הוכחה דלא כהט"ז. אלא שאולי יש לדחות דקסבר הט"ז שיוורה היתר לעצמו מחמת הטעם הנ"ל.

עוד יש לדון להיפך, מה הדין כשאשכנזי מצא בעיר שרובם ספרדיים. ולכאורה, הגם שאצלו אינו סימן, מ"מ כיון שרוב בני העיר מחזירים בסימן זה לא נתייאשו הבעלים. אמנם זה אינו, שהרי לדעת הרמ"א אומרים שאין הבעלים מרגישים בזה שיש לו סימן, וא"כ הבעלים מתייאשים בגלל שאינו משים ליבו לכך שיש סימן, ומתייאש.

מעיל עם כתם מאקונומיקה או קרע במקום בולט

אם מצא בגד או חפץ שיש עליו סימן הבא מאליו אבל הוא במקום בולט, כגון כתם או חור במקום בולט, לכאורה אין זה בכלל 'סימן הבא מאליו', שהרי תוס' כתבו

9 והנה לכאורה כיון שהשו"ע והרמב"ם ס"ל כרש"י, דלמ"ד סימן הבא מאליו הוי סימן הטעם הוא משום 'שהבעלים עשאו סימן', א"כ המ"ד שחולק על זה ס"ל שלא עשאו סימן, וקרוב לומר שאפילו אם הוא בולט כל שלא עשאו הבעלים בעצמו אינו סימן. [ויש מקום לדחות שכל שהוא בולט אינו בכלל מחלוקתם, ולכו"ע הוא סימן אפילו אם לא עשאו לסימן]. אבל תוס' לשיטתם ס"ל שהטעם שהוא סימן הוא משום

בגד עם קרע בכיסים

אלא שיש לדון בגדר זה, דהיינו באופן שמצא בגד שיש חור באחד מהכיסים, האם הוא בכלל ניכר מבחוץ או לא מחמת הסברה שאדם עשוי למשמש בכיסו, וא"כ נמצא שיודע מה קורה בכיסו, ולפי"ז יש לדון שהוא בכלל סימן שהוא ניכר [לבעליו], וצ"ע בזה.

מספר סידורי בשטרות של כסף

הסדר כיום הוא, שעל כל שטר כסף מופיע מספר סידורי, ויש לדון האם נחשב סימן במה שהמאבד נותן את המספר. ונראה לכא' דאינו סימן כיון שהוא כסימן הבא מאליו, משום שאין הדרך להתבונן במספר. ואף שנתבאר לעיל שדעת התוס' שסימן הבא מאליו שהוא ניכר הו"ל סימן, היינו רק שם משום שהדרך לראותו ולהתבונן בו, משא"כ כאן לכא' נראה כי אינו סימן. ונראה שאפילו לדעת המחבר אינו סימן, כיון שעיקר הטעם של המחבר הוא 'שלא עשאם בעליהם אלא לסימן'¹⁰ ודבר זה לא שייך הכא. ועוד, שדעת הב"י שאין סימן למטבע אפילו אם נסדק, ורק הרמ"א כתב שנסדק

הו"ל סימן, וממנ"פ אינו סימן; לדעת השו"ע אינו סימן משום שאין סימן למטבע, ולדעת הרמ"א אינו סימן משום שסימן הבא מאליו אינו סימן. וע"ע באולם המשפט (רס"ב סעיף י"ג) שדן בזה ומכריע שאינו סימן¹¹.

[ויש לציין כי אם יש בשטר סימן אחר ובא הבעלים ונתן המספר לכאורה מחזירים לו, כיון שבעצם במהותו הרי הוא סימן מובהק, אלא שאנו אומרים שאין הבעלים יודעים אותו ולכן אינו סימן. אך אכתי יש לפקפק קצת, דנימא שכיוון שכנראה הבעלים אינם זוכרים את הסימן השני הם מתייאשים, שהרי הם יודעים שאם יש רק סימן של המספר ייקחנו המוצא לעצמו. ויש לתרץ שזוכר שיש סימן אחר, אך אינו זוכר איזה.]

דוגמה

דבר פשוט שדגם מצוי אינו סימן, כמו דוגמה שיש בחליפות וכדומה אינו סימן כלל, והגם שיש הרבה דוגמאות מ"מ הרי הוא כמו נתינת סימן שכיוון מהו החפץ עצמו שאינו סימן - אע"פ שיש הרבה חפצים דמ"מ אינו סימן.

שהבעלים מרגישים אחר נפילתם שבא שם, ולפי טעם זה מ"ד שאינו סימן ס"ל שאינו מרגיש, אבל אם הוא בולט ודאי מרגיש.
וליישב קושית התוס' מסימני בהמה יש לומר, דכל שהוא בכלל זיהוי הבהמה ודאי שהבעלים מכירים ואינו סימן הבא מאליו, משא"כ כתם או נקב. ודוק.
10 אלא שהסמ"ע שם הביא דברי התוס' ודבריו צ"ע, שהרי המחבר הביא את טעמו של רש"י. וכבר הרגיש בזה השושנת יעקב שם והניח דברי הסמ"ע בצ"ע.
11 וקצת צ"ע מהו ספיקו של האולם המשפט, הרי ממנ"פ אינו סימן וכמו שנתבאר למעלה.

[אמנם קצת צ"ע בזה, שהקצה"ח בסימן רנ"ט סק"ב מדמה סימנים דאבידה לסימנים דאיסורים, ולפי"ד מאי דומיא. ויש לדחוק ולומר שהקצה"ח מיירי על סימן שהוא ראי' מחמת עצמו, ומ"מ יש אופנים שאפילו היה צריך להיות עליו שם סימן - כיון שאינו ניכר שהוא סימן הרי אלו שלו, משום שאינו ניכר].

אמנם יש להעיר בזה, שבשו"ע (סימן רס"ב סעיף י') איתא המוצא וכו' או כלי כמות שהוא חייב להכריז. ושם בסעיף כ"א איתא, המוצא כלי מכלים שצורת כולם שוה, אם כלי חדש הוא הרי הוא שלו. ולכאורה מבורר שהטעם שכלי כמו שהוא חייב להכריז הוא משום שאין צורת כולם שוה, ומשמע מזה שאם יש דוגמה וכדו' מיחשיב כסימן.

וע"ע סמ"ע (שם סק"ח) שכ', דדוקא במטבעות שהרבה מהן נטבעות וכולן שוות, ואין סימן שינוי אחד מחבירו יש לחשוש. משמע דוקא כיון שכולן שוות, אבל אם יש כמה סוגים באופן שאינו מצוי שיתרמי הרי זה סימן, וצ"ע.

עכ"פ נראה שאפילו אם סוג הדוגמה אינו סימן, מ"מ דבר שהוא נדיר מאוד יכול להיות שיש עליו דין סימן כיון שהוא

אלא שיש לדון מה הדין בדוגמה שאינה מצויה. והנה יש לדון בזה בעיקר דין סימנים, שבגמרא (דף כג:) מבורר שאם נותן סימן איזה חלק מהבהמה היה הבשר [או דדפקא או דאטמא] אינו סימן - והגם שיש הרבה סוגי חלקים בבהמה. ואילו סימן מנין מבורר בגמ' דהוי סימן, וודאי המניח מטבעות ברה"ר אינו מניח כמות גדולה מאוד, ואפ"ה מיחשיב סמן. ועוד יותר יש ברש"י לגבי חבית רשום, שלדעת רש"י זה שאומר שהוא רשום הוא הסימן, 'והיינו סימן, שיש רושמי' ויש שנושאים אותה פתוחה למוכרה מיד' (לשון רש"י שם ד"ה ברשום) והוא תמוה, שכשבוחר אחד משתיים הוי סימן וחלק מבהמה אינו סימן.

אלא מכאן מוכח שאין דין סימן אלא אם הוא צירוף מקרים, אבל דבר שאינו צירוף מקרים אינו סימן כלל, ואפילו אם הוא נדיר¹².

והביאור בזה יש לומר, שהמאבד מתייאש מדבר שאינו ניכר אם יש סימן, שחושב שהמוצא לא יזהה שיש בה סימן וייטלנה לעצמו, ולכן כל שאינו ניכר שיש בה סימן אפילו אם בעצם הבעלים יכולים לתת סימן הרי אלו שלו. ולפי זה אין הדבר תלוי בשאלה 'מהו הסיכוי שיתרמי הך חפץ', אלא עד כמה ניכר שיש סימן, ודבר זה הוא רק כשיש צירוף מקרים.

12 עוד שמעתי ליישב זה, שהמכריז בשר מצאתי משתמע מההכרזה שהוא חלק מחלקי הבהמה, ובזה יתכן שינחש השומע איזה חלק הוא. משא"כ בסימן מנין אינו משתמע מיד שיש בזה מנין, ולכן פחות מצוי

להכריז הסימנים כדי להקל על הבעלים, ויש לדון בזה. [שהרי לא מצינו שבאופן שיש סימנים וסימנים מובהקים מכריז הסימנים, אלא שיש לחלק ששם יכול להיות שאינו ידוע הסימנים, משא"כ הכא].

מספר טלפון

דברים פשוטים שאם מצא חפץ שיש עליו מספר טלפון הרי הוא כדבר שיש בו סימן, ולא שייך כלל אתרמויי אתרמי.

אלא שנראה שמספר טלפון עדיף מדבר שיש בו סימן, ובאופן שהוא בדרך הינוח - הגם דבעלמא אמרינן יניח - בכה"ג חייב להכריז, והיינו להתקשר להודיע לבעלים. דהכא עדיף מבעלמא, משום שאינו מטריח על הבעלים בכך. ומצאנו מקור לזה בפרישה (סימן רס"א), דהנה בטור (שם) איתא 'המוצא דבר שניכר שאינו אבוד מבעליו, כגון טלית בצד הגדר ופרה וחמור רועים בדרך אפילו כמה ימים זה אחר זה, אין צריך להיטפל בהן'. ודקדק הפרישה מהו לשון אין צריך להיטפל בהן, הו"ל למימר אסור ליגע בהם כספק הינוח. וכתב הפרישה שע"כ הפירוש הוא שאפילו יודע של מי הוא, אין צריך להיטפל בו להחזירו לבעליו. מבואר דבאופן שאינו מטריח הבעלים ודאי אין הדין דלא יגע בו, ובנידוד שאינו מטריחו לחפש אחריה חייב להכריז. [וע"ע תוס' ב"מ כו.].

נדיר מאוד ניכר שהוא ייחודי ובעליו יכול ליתן סימן בכך ומהני, ואכתי צ"ע למעשה.

נגן עם אוזניות

מצא נגן ואוזניות תחובות בו, מועיל הסימן של הנגן גם על האוזניות. וכן להיפך, אם נתן סימן על האוזניות מהני גם על הנגן, ובדרך כלל יש סימן בנגן שיכול להגיד איזה שיעורים ושירים יש בו.

ואם מצא את האוזניות קרובים לנגן אבל לא בתוכו יש לדון, והנה בשיעור קורבה עיין קצוה"ח (רס"ב סק"ב) שמסיק שה"שיעור [הוא] אמה או חצי אמה, ויותר מיכן הו"ל רחוקות". ואילו הנתה"מ שם מסיק שהכל לפי העניין.

מ"מ היינו רק בכלי שיכול להיות שהפירות נפלו מתוכו, משא"כ בזה אפילו אם יש דררא שהוא ממנו, עדיין אינו מוכח כלל שהוא משם, ויתכן שיש חשש של איתרמי, ויש לדון בזה.

מצלמה

מצלמה אפילו אם אין שם עדיין בדרך כלל יש בו סימן מהתמונות. והנה בדרך כלל המוצא אבידה אסור להכריז הסימנים, אבל כאן נראה שאפשר להכריז הסימנים כיון שהתמונות מוכיחות שהוא של המוצא, ועדיף הוא מטביעות עין. ונראה שעדיף

שינחש. אלא שגם טעם זה שייך רק בסימני אבידה, ולא בסימני אישה, והקצה"ח מדמה לה כמו שנתבאר בסי' רנט סק"ב.

הרב אברהם אלימלך לעדרייך

דין המוצא כסף בזמנינו

ידוע כי המוצא דבר שיש בו סימן חייב להכריז, והמוצא דבר שאין בו סימן אם מצאו לפני יאוש יהא מונח עד שיבוא אליהו, כיון דאנן קיי"ל דייאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. אבל אם מצא דבר חשוב או מעות סמכין על דברי ר' יצחק שאמר "אדם עשוי למשמש בכיסו כל שעה", והרי אלו שלו.

במאמר לפנינו נדון בעז"ה בדיני המוצא כסף בזמנינו, היות והמציאות כיום השתנתה בב' דברים מזמן הגמרא; א' - כיום רוב אנשים אינן ממשמשים בכיסם בתדירות גבוהה, ובפרט כשיש שם רק סכום קטן של כסף. ב' - המציאות כיום היא שרוב הקניות מתבצעות על ידי נשים, המחזיקות כסף שהוא לכאורה של הבעל. ובזמן שנאבד להם כסף - הגם שהם מבחינות בכך - מ"מ הבעל אינו מודע שכספו נאבד, וא"כ יש לחוש לאופן של ייאוש שלא מדעת, שהרי ייאוש האשה אינו מועיל והבעל אכתי לא ידע דנפל מינה.

עוד יש לדון מה הדין כשמצא כסף באופן שיש להוכיח שהמאבד עדיין לא משמש בכיסו, כגון אם מצא במקום שרבים בוקעים בו, והכסף מונח בצורה שכל מי שעובר ודאי רואה אותו. שמוכח שזה מקרוב נפל ונאבד, שאם היה נופל לפני זמן מה כבר היו אנשים מרימים אותו.



שמיד כאשר נאבד מרגיש הבעלים, ותיכף נתייאש.

אך יש מפקפקים בזמננו בעצם הכלל שאדם עשוי למשמש בכיסו ומרגיש בנפילה, שבדרך כלל אין אדם יודע כמה כסף יש בכיסו ובפרט בסכומים קטנים, וממילא אף אם ממשמש אינו יודע שנפל ממנו, וחזרנו לדין יאוש שלא מדעת.

'אדם עשוי למשמש בכיסו' בזמנינו

א בגמ' בפרק אלו מציאות (ב"מ כא:): גבי פלוגתא דאביי ורבא אם יאוש שלא מדעת הוי יאוש או לא, פריך הגמרא על אביי מכמה מקורות שמבואר שדבר שאין בו סימן הרי אלו שלו, ולאביי דייאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אמאי הרי אלו שלו, ועל כמה מהפירוכות משני הגמ' "אמר רבי יצחק אדם עשוי למשמש בכיסו כל שעה", דהיינו

דבמעות לא מייאש מיד שנפלו מן הבעלים,
אלא ודאי מייאש". ע"כ.

מבואר דנחלקו רש"י ורבינו פרץ אם שייך
במעות דבר כזה שלא נתיאש,
לדעת רש"י כל זמן שלא משמש בכיסו לא
נתיאש, ולדעת רבינו פרץ מיד חל הייאוש
ואפילו לא הספיק למשמש.

והנה, לדעת רבינו פרץ ע"כ שהוא תקנת
חז"ל אפילו באופן שאינו ממשמש
בכיסו, וא"כ ודאי בזמנינו ג"כ הגם שאין
הדרך למשמש מ"מ לא נשתנה הדין. ועדיין
אין ראי' מרש"י דלא כהחזו"א, שלדעת
רש"י עיקר התקנה היתה רק משיעור
שמשמש בכיסו, אבל יכול להיות שהתקנה
במקומה עומדת. אבל בתקופות שאין הדרך
למשמש, א"נ באופן שיש לו רק קצת כסף
בכיסו שאין הדרך למשמש, אז אמרינן הפקר
ב"ד כיון שתיקנו שבזמן שמשמש בכיסו
מייאש נפשיה.

וע"ע פסקי תוספות אות צ' שכתב דהמוצא
מעות במקום שרבים מצויין שם, אפי'
יש לו סימן ואפילו בעלים לא ידעום
שאיבדום הרי אלו שלו. והוא כעין דברי
רבינו פרץ. אך דבריו צ"ע שהוא כתב אפילו
דבר שיש בו סימן וצ"ע ג.

ראיות מאחרונים דלא כרבינו פרץ

ג [איתא במשנה (ב"מ כו:)] שאם מצא
מעות בחנות הרי אלו שלו. והקשו
הראשונים למה לא קנה בעל החנות בקנין

אבל מטו משמיה דהחזו"א שהדין לא
נשתנה, והרי הוא כתקנת חז"ל והפקר
ב"ד הפקר, עיין בספר השבת אבידה כהלכתו
(פרק ה' הערה ז') שמעיד ששמע מהגר"ק
שהחזו"א אמר "שהאידנא נמי נשאר ד"ז,
והוה כהפקר ב"ד" ע"כ. ובנוסח אחר איתא
במשפט אבידה (סימן רס"ב בירור הלכה אות ח'
סק"ב), שהוא כעין תמרי דזיקא דהו"ל יאוש
מדעת. וע"ע אגרות משה (יו"ד ח"ד סימן כ"ג)
שכ' כדבר פשוט שהדין לא נשתנה גם כיום.
וכעין זה כתב הפתחי חושן (חלק ב' פרק ב'
הערה כ"ג) מדעת עצמו וז"ל שם, 'ומ"מ נראה
שאין לחוש לכך, שכיון שחז"ל סתמו ואמרו
מעות מפורזין הרי אלו שלו, אף על פי
שנסתבר שגם בזמננו לא היה אדם מרגיש
בחסרון פרוטה, ולא חילקו בכך, מסתבר
שכלל זה בתוקף כל זמן שלא יתברר
ההיפך'.

**דעת רבינו פרץ דאמרינן 'אדם עשוי' מיד
אפילו קודם משמוש**

ב [והנה בגמ' שם (דף כו:)] איתא, 'אמר
רבא ראה סלע שנפלה, נטלה לפני יאוש
על מנת לגזולה עובר בכולין'. מבואר שייטכן
למצוא מעות קודם יאוש. וכתב שם רש"י
(ד"ה נטלה) דאיירי שמצאם קודם שמשמש
זה בכיסו, דאילו לאחר שמשמש ודאי
מייאש, דסלע דבר שאין בו סימן הוא. ועיין
בשטמ"ק בשם תלמידי רבינו פרץ שכ' וז"ל:
"וקשה למורי הר"פ שיחיה, דהא לא
משתמיט תלמודא בשום דוכתא לומר

באופן שלא משמש, רק שצריך לעבור כשיעור שיכול למשמש.

היוצא לנו מדברינו שבאופן שוודאי לא עבר מספיק זמן בכדי למשמש מבואר מהפוסקים דלא אמרין הכלל של אדם עשוי למשמש בכיסו, ולכן אינו של המוצא ויהא מונח עד שיבוא אליהו. אבל באופן שעבר כשיעור שיכול למשמש בכיסו, נתבאר מהחזו"א דאמרין הכלל של אדם עשוי למשמש בכיסו, והרי אלו שלו. אלא שעדיין יש לדון אם צריכים לחוש שנפל מאשה, ובעלה אינו יודע מזה, וכן משמע נמי מקצוה"ח (סימן ר' סק"א) עיי"ש.

חידושו של בעל אילת השחר שאם אינו ידוע שיש לו החפץ לא הוי יאוש שלא מדעת

[ד] והנה עיין באילת השחר (בחי' עמ"ס בבא מציעא דף כה:) שמחדש חידוש גדול בדין יאוש שלא מדעת, שיאוש שלא מדעת שייך רק אם האובד יודע שיש לו חפץ זה ואינו יודע שנאבד ממנו, אבל אם אינו ידוע שיש לו החפץ כלל הרי זה כיאוש מדעת. וז"ל: ברא"ש אחרי שחידש דהשלל שייך לכל ישראל כתב, 'וכי תימא תקני לי' חצירו אחרי שנתיאשו ישראל' כו'. משמע דזה מקרי יאוש, אף על פי שאין כל א' מישראל יודע שיש מטמון כדי שיתייאש ממנו, אלא זה שחושב שאין לו עוד דברים מקרי יאוש. וכן נתבאר לעיל בדברי התוס' דף כ"ב ע"ב בד"ה דלא במש"כ דלכי גדלי

חצר, דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, וכתב המהרש"ל בדעת תוס' שהמעות נכנסו לחנות לפני יאוש, ולכן הו"ל באיסורא אתי לידיה [נשגם בחצר אמרין באיסורא אתי לידיה] ולכן לא קנה בעל החצר בחצרו. והקשה הש"ך (סימן רס"ח סק"ב), א"כ לרבא דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש א"א לתרץ המשנה של מצא בחנות הרי אלו שלו, דהו"ל להיות של בעל החצר.

אך עיין רעק"א (ב"מ דף כו:) שתמה על הש"ך, שאפילו לרבא יאוש שלא מדעת הוי יאוש רק כאשר אילו הוי ידע היה מתייאש, משא"כ הכא בשעת הנפילה ממש אילו הוי ידע לא היה מתייאש, שהרי בשעת הנפילה ממש עדיין אינו אבוד, ואינו מתייאש אלא כמה רגעים אחרי הנפילה, וא"כ גם לרבא שפיר שייך לומר באיסורא אתי לידיה - אפילו בחנות. ויתכן שזהו גם סברת המהרש"ל שמפרש המשנה מצד איסורא אתי לידיה.

והנה מוכח מדברי המהרש"ל ורעק"א דלא אמרין במעות שיש יאוש מיד, ודלא כרבינו פרץ. ואפילו הש"ך אינו חולק עליהם אלא בדעת רבא, אבל בדעת אביי מודה ששייך לומר באיסורא אתי לידיה, מוכח שאין במעות יאוש מידי.

אך לגבי הדין בזמנינו הוכחנו לעיל שאפילו אם לית לן כרבינו פרץ עדיין שייך לומר שהתקנה של 'אדם ממשמש בכיסו' הינה גם

מייאשי, אף על גב דלא ידעו כלל שהי' פעם תמרים שנפלו, מ"מ כיון שכשהם גדולים לא רואים את התמרים האלו הוי יאוש, ויאוש של"מ תמיד היינו שחושב עדיין שיש לו את החפץ, עכ"ל.

ולפי דבריו היה מקום להתיר למוצא כסף וכדו' ליטול את המציאה, שהרי אינו ידוע כלל שיש לו החפץ, ולא חשיב כיוודע שיש לו חפץ ואינו יודע שנאבד ממנו.

אבל בעיקר דברי האילת השחר יש לדון, דהנה עיין בה"ג בהלכות פאה שכתב וז"ל: "והיכא דזרע במדבר או בהר או בבקעה במקום דלא שכיחי בני אדם לא מיחייב בפאה, כדאמרין (חולין קלד:) 'לוי זרע בכישור ולא הו' עניים התם למישקל לקט, אתא לקמיה דרב ששת, אמר ליה לעני ולגר תעזוב אותם ולא לעורבים ולא לעטלפים' (ע"כ הגמרא). ותיפוק ליה דהו"ל יאוש, כיון דלא ידעינן הוה ליה יאוש שלא מדעת ולא הוי יאוש" עכ"ל. וכן הוא בשאלות (פ' קדושים ש' צ"ח ע"ש). ולכאורה מבואר מזה דאמרין יאוש שלא מדעת גם כשאינו ידוע לבעלים שיש לו חפץ זה. [ואולי יש לדחות ששם הוא ממון העניים והעניים אינם צריכים לדעת בדיוק היכן יש לקט שכחה ופאה שמיועדים להם].

והנה בפרישה ריש סימן ר"ס כתב שדין מצא בגל הוא רק אם יש צד שהוא בחזקת עכו"ם, משא"כ אם הוא בחזקת ישראל אחרים הוי דינו שיהא מונח עד שיבא

אליהו, מפני שיש להסתפק של מי הוא ולא היה יאוש בעלים. כיון שבא שם דרך מטמון, והרי בעלים הראשונים מתו ויורשיו אינם יודעים שיש מטמון בכותל. והסמ"ע ריש סימן ר"ס לכאורה אזיל לשיטתו, שכתב (שם סק"א) דהוא הדין כל הגויים [ולאו דוקא אמוריים], כל מקום כמו שהוא. מבואר שדוקא אם קנה מעכו"ם ולא כשקנה מישראל, וכן מוכח ברמב"ן (בב"מ דף כה:): שכתב כעין דברי הפרישה.

ולכאורה מוכח מדבריהם שאין יאוש חל הגם ששם אינם יודעים שיש להם החפץ בכלל, ודלא כמו שנתבאר מהאילת השחר שדבר זה הוא יאוש שלא מדעת. [והיה מקום לדחות דהתם הכוונה כיון שעשה אותו מטמון הרי אינו מתייאש מיניה, ודוחק הוא, שהרי עדיין היורשים אינם יודעים, ואצלם שייך יאוש].

אך עיין אור זרוע ובביאה"ג (סימן ר"ס סעיף ב') שה"ה אם קנה מישראל כל שאינו בחזקת אבותיו של זה שדר בו עכשיו, הרי הוא של מוצאה. והיה אפשר לבאר דבריהם שאפילו במקום המשתמר אם העלה חלודה שייך יאוש, [וכמו שמוכח מדברי הש"ך בסימן ר"ס סק"ב] אך לדברי האילת השחר אתי שפיר טפי - שאפילו אם בעליו הראשונים לא נתיאשו מ"מ יורשיהם נתיאשו.

אמנם לכאורה יש ראי' לדברים אלו מדברי הנתה"מ סימן ר"ס סק"ז, שכתב

מוכח שגם בזה שייך 'יאוש שלא מדעת'.
ודוק.

זוטו של ים

ה] שמעתי מהגאון ר' שלמה זלמן מרק שליט"א, שהמוצא סכום קטן של כסף מותר לו ליטלו לעצמו, דדמיא לדין זוטו של ים. כי הכמות של האנשים העוברים ושבים במקום האבידה וחוסר העניין של האובד לחפש סכום כזה גורמים שאין שום אפשרות בעולם שהכסף יחזור לבעליו, והרי הוא כזוטו של ים. אלא שיש לציין ללשון הרשב"א (ב"מ דף כב:) גבי זוטו של ים "דאינו יכול להציל כלל וכשהוא מציל מעשה נס הוא" עיי"ש.

ומכל מקום אפילו לפי דבריו, בסכומים קצת יותר גדולים ודאי שאינו כזוטו של ים, ואפילו אם יש יאוש עדיין כזוטו של ים אינו.

יאוש של שומר

ו] והנה בייאוש של אשה הנחשבת כשומר של הבעל עי' נחלת צבי בסי' רנט בכיס של מעות שנאבד מיד שליח, שכתב שם שאם מותר לשליח להשתמש במעות וחייב באחריותו, הרי הוא כבעל החפץ ומועיל יאוש שלו. ועי' כסף הקדשים סימן רסב סעיף ה בדין חפץ שנאבד מן הבית ונודע לאשה שנאבד במקום שהרכים מצויים שם ולא נודע לבעלה, שמצדד לומר שאין יאוש

במצא בבית שמשכירן לאחרים שאם מצא בגומא והעלה חלודה הרי הוא של שוכר האחרון, דכיון שנתיימש קנה ליה שוכר האחרון בקנין חצר. ולכאורה אמאי הוא של שוכר אחרון, מדוע לא נאמר ששייך כמו כן גם לשוכרים הקודמים [אם החפץ העלה חלודה לפני שנכנסו לבית] וכשהם קנוהו לא מהני יאוש שלהם משום יאוש שלא מדעת, ולכאורה מוכח שאין זה יאוש שלא מדעת אלא כיאוש מדעת.

אך יש מקום לדחות שטעמו של הנתה"מ הוא משום שלא שייך לומר חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אלא א"כ בסוף ייוודע לו, משא"כ הכא, ועדיין צ"ע.

עוד ראי' יש להביא מדברי הט"ז (סימן רס"ח) שד' אמות קונות לו לאדם גם שלא מדעתו. ולדברי הט"ז יש להקשות איך אפשר לזכות במציאה והפקר בד' אמות, אמאי לא חיישנן שעבר שם אדם לפני זה וזכה בו ושוב לא שייך יאוש משום שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, וע"כ צ"ל כנ"ל. אמנם גם בזה יש לדחות כנ"ל שחצירו של אדם אינו קונה בדבר שלא ימצאנו לעולם.

שוב ראיתי דברים מפורשים ברשב"א דלא כסברא הנ"ל, דהנה הרשב"א (דף כז.) גבי תגר כתב וז"ל, "וא"ת לוקח מן התגר יחזיר לתגר דהא קנתה לו חצרו, וכי מזבין איהו לא מיאש דהא לא ידע לייאש" עכ"ל.

והמהרי"ל דיסקין (סימן קפ"ט) הביא ראייה שיאוש של שומר מועיל, עיין

שם¹. וגם בדברי משפט (סימן ר"ס סק"א) משמע שיאוש שומר מועיל [אלא שהדברי משפט איירי ביאוש שומר לאחר יאוש בעלים], וגם באולם המשפט (סימן רס"ב סק"ד) מצדד לומר שיאוש שליח ושומר הוי יאוש, עיין שם. ויש מקום לחלק בין שומר חנם שפטור מגניבה ואבידה, דמיד כשנאבד אין לו חיוב כלפי הבעלים וממילא אין לו שום בעלות על החפץ דאז לא מהני ייאוש, אבל שומר שכר שחייב באבידה ונמצא שיש לו צד בעלות על החפץ, אפשר שיאושו מועיל. ובדברי הקצה"ח סימן רנט סק"א משמע בדבריו [ומבאר כך בסברת הרמב"ן] שאם נתייאש הבעלים ולא נתייאש השומר, הרי זה כאילו לא נתייאש, עיין שם². וע"ע אגרות משה (חור"מ ח"א סימן פ"ב) וז"ל: "ובענין אם מהני יאוש הממונה מהעיר לא

האשה מועיל אפילו כשהיא נושאת ונותנת בתוך הבית.

ובגידולי שמואל בסוגיא דראה סלע שנפל משנים הביא מדברי הש"מ שם - וקאי על מה שכתבו רש"י ותוס' שאם הם שותפים אינו מתייאש האובד - שבתוס' שאנן מפרש שבאמת מתייאש האובד, אלא מכיוון שחבריו השותפים אינם יודעים שאבד ואינם מתייאשים, הרי חלק השותפים הוא לפני יאוש ומיקרי באיסורא אתי לידיה, שאין יאוש מועיל לחלק מחפץ. ומדייק מכאן הגדולי שמואל שיאוש של שומר אינו מועיל, שהרי האובד השותף הוא שומר של שאר השותפין, וכיון שהוא מתייאש הרי יש כאן יאוש על כל החפץ, אע"כ דייאוש של שומר לא מהני. והביא משו"ת מהרי"ל דיסקין (בחלק הפסקים) שמסתפק בזה, וציין לסוגיא זו.

1 וז"ל: נסתפקנו מאז, מי שהפקיד חפץ אצל שומר ואבדו, אי מהני יאוש דשומר שיהי' שייך למוצא. ויש לעיין מזה בב"מ (כח, א) בסלע שנפל משנים. שוב הוגד לי שהגאון רעק"א (בדו"ח ריש מס' ב"מ) נסתפק ג"כ בזה.

ונראה להביא ראייה מב"ק (סח, ב) שהביא ראייה ר"א דסתם גניבא יאוש בעלים, וע"ש בתוס' (ד"ה מה טביחה) דקודם טביחה ודאי נודע לבעל הבית, ולמש"כ התוס' (דף ע עמוד א סוף ד"ה לא) דקרא כפשטיה בנגנב מבית שומר מיירי, א"כ אכתי תיקשי הא הבע"ה לא ידע עדיין שנגנבה בעת שמכרה הגנב, אלא ע"כ דסגי ביאוש דשומר לחודיה, עכ"ד.

2 בשו"ת אבן שתיה חור"מ סימן ע"ו דן בגזבר של קהל אם יש לו דין שליח או דעדיף משליח, והביא ממ"ש הפוסקים שאין יאוש מועיל בשליח, ואילו גבי גזבר של הקדש כתב הרשב"א בחולין דף קלט לענין עוף של בדק הבית שמרדה פקעה קדושתה, דכיון שנתייאש הגזבר הו"ל הפקר ופקע שעבוד ממונו של הקדש, הרי שיאוש של גזבר מועיל. ובסוף דבריו כתב שאין להוכיח מכאן, דשאני עוף שמרדה שדינה כאבודה מכל אדם ומדינא א"צ יאוש, ומה שהזכיר הרשב"א יאוש הגזבר לרווחא דמילתא כתב כן. וצ"ע שבתחלת דבריו הביא דברי הפמ"ג באו"ח סימן קנג (א"א ס"ק מו) שבס"ת של כרכים אין יאוש מועיל, משום ששייך לכולם ושמה יש אחד בסוף העולם שלא ידע ולא נתייאש, ולסברתו שגזבר עדיף משליח, מה איכפת לן במה שאחד אינו מתייאש, הרי יאוש הגזבר לחוד מועיל.

המדינה. מקום שדרך לארוג אורגת, לרקום רוקמת, לטוות צמר או פשתים טווה. ואם לא היה דרך נשי העיר לעשות כל המלאכות האלו אינו כופה אלא לטוות הצמר בלבד. דחקה עצמה ועשתה יותר מהראוי לה המותר לבעל" ע"כ. וכ' בבית שמואל שם (סק"ב): "הן שעשתה בלילה הן שעשתה ב' וג' מלאכות בפעם אחת, הכל נקרא מחמת דחק לשיטת הרי"ף והרמב"ם. וי"א אם עשתה ב' וג' מלאכות בפעם אחת לא זכה הבעל. ואם עשתה בלילה זכה הבעל. וי"א הכל לעצמה. וכתב ב"ח, מנהג שלנו שאין מוציאין מידה דמי מלאכה שע"י דחק" עכ"ל. עכ"פ לענייננו, יש חלקים של משכורות כיום שיכול להיות שהם בכלל העדפה, כגון אם מוסיפה שעות נוספות, או העברה וכדומה,

מבורר אצלי, ולפום ריהטא נוטה שמהני, וכן יאוש שומר. אבל עדיין יש לעיין בדבר".

[ומסברא] ודאי לא מהני יאוש כיון שאפילו אם יש שומר שאינו מתייאש לא מהני יאוש של הבעלים עי' קצה"ח רנ"ט, כ"ש שכשהבעלים עצמם אינם מתייאשים שאינו יאוש, אלא שיש לדון בזה שיש חילוק בין יאוש שלא מדעת ליאוש מדעת³.

אופנים שכסף שייך לאשה ואם היא מוחזקת על מה שהיה לה לפני הנפילה

[ז] אבל יש לדון בזה מצד אחר, שיש אופנים שמעות המצויים ביד אשה שייכים לה. איתא בשו"ע אבן העזר סימן פ': "מעשה ידיה לבעלה כיצד, הכל כמנהג

בשו"ת שבט הלוי ח"ג סימן קמ"ד במי שמצא לפני ביתו סכום כסף, ויש רגלים לדבר שנפל מגבאי צדקה שהיה שם לפני זמן קצר לקבץ לצדקה. וכתב השואל שבודאי מדין חצר לא זכו שאר השכנים שבחדר המדרגות, כיון שאינו משתמר לדעתם, אלא שיש להסתפק אם יאוש הגבאי מועיל, וכיון שאין ידוע לאיזו קופת צדקה אסף נימא יהא מונח. והשיב לו השבט הלוי שם דאע"פ שזכה הגבאי עבור עניים, אפשר שאין זה כבא ליד עניים ממש, ועדיף משליח ומועיל יאוש הגבאי. ועוד כתב בשם שו"ת טוטו"ד מהדו"ג ח"ב סימן צ' שגבאי הגובה למסור לגבאים אחרים, לא מיקרי יד עניים, וא"כ פשוט שיכולים לשנות מצדקה לצדקה אחרת, ואפילו לדעת האוסרים לשנות מצדקה לצדקה, היינו דוקא כשאפשר לקיים המצוה הראשונה שלשמה גבו, אבל כשאי אפשר מוטב לשנות מאשר להניח ולא יעשה בהם מצוה כלל. ועוד כתב שהמוצא עצמו נעשה עתה גבאי על מעות אלו, ועל כן העלה שיחלקו המעות לצדקה אחרת, עיין שם.

ומדבריו נראה דאיירי בגבאי שהתרים עבור סתם עניים, אבל אם התרים לעני מסוים מסתבר שזכה הגבאי מיד עבור אותו עני, ושוב אינו אלא שליח או שומר שאין יאוש מועיל, וגם ההיתר לשנות לצדקה אחרת לא שייך, שמעתה אין אלו מעות צדקה אלא ממון אותו עני [אמנם אם לא ידע הנותן עבור איזה עני הוא אוסף, אפשר שיש לצדד לומר שלא זכה אותו עני, וכמ"ש בספר צדקה ומשפט פ"ט סעיף ג, ולפי"ז יש תקנה זו].

מיהו אם נאמר שיאוש של שומר מועיל, מסתבר שבכל אופן דין הגבאי כשומר, ויכול המוצא לזכות במעות לעצמו, אא"כ אסף לצורך צדקה של צבור, אפשר שלסברת הפמ"ג דלעיל אין יאוש מועיל.

3 ועיין בשו"ת מגן שאול סי' קסב שכתב בשם הגאון רבי יצחק אלחנן דודאי לא מהני הייאוש של האשה על בעלה, עיי"ש באריכות.

ויש עוד אופנים שכסף של אשה שייך לה, כגון אם קבלה מתנה.

ולכן אפשר לומר דאפילו אם ייודע לנו שהכסף היה ביד אשה, יש לנו לומר שהוא של האשה, דחזקת כל מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו, ולכן המוצא חפץ מוקים החפץ ברשות מי שנפל ממנו מדין חזקת כל מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו.

והדברים מפורשים באולם המשפט (סימן רס"ב סק"ד) שדן שם אם מועיל יאוש של שומר, וכתב שם במאמר המוסגר "ומשכחת לה באיכא עדי נפילה ועדי פקדון, דאי לאו הכי כל שהשליח היה נאמן לומר שלי הוא יש לו להמוצא חזקה כ"ג, ואינו מחויב להאמין לו שהוא שלא של מי שנפל ממנו, ועי' סימן קל"ג ובסי' ע"ב וש"ך שם" עכ"ל.

[ובעיקר] הדבר אם מהני חזקת כל מה אחר שנפל מידו, יש לציין לשיעורי ר'

שמואל (כ"מ דף כח. אות ב') שמביא שם דברי הגרנ"ט שלא מהני חזקת כל מה אחר נפילה, וכתב עליו וז"ל: אלא דקשיא לי ע"ד הגרנ"ט מסוגיין דעדי אריגה ועדי נפילה תנתן לעדי נפילה, דאמרינן זבונא זבנה ומאיניש אחרינא נפל. והיינו דהואיל ואיכא עדים שנפל ממנו לא חיישינן שגזלו, דחזקה כ"מ שתחת יד אדם שלו ואמרינן דקנאו ושלו הוא, ונאמן כנגד חמ"ק דעדי אריגה. ולפמ"ש הגרנ"ט דהחזקה גרידא בלא דין מוחזק ל"מ, קשה מאי מהני הכא עדי נפילה, דהרי עכשיו בשעת לידת הספק אינו מוחזק באבידה, ודמיא ממש לההיא דלקטן למקום אחר ובשעת לידת הספק לא היה ברשותו דל"מ החזקה לחודא לברר, וחיישינן שמא גזלה. עכ"ל]

הרב שמואל בריזל

התחייבות הבעלים למציל חמורו מן הנהר

דמבואר בפ' אלו מציאות (ונפסק לקמן סי' רס"ה) דפועל שנתבטל ממלאכתו כדי להשיב אבידה נוטל כפועל בטל, דהיינו כל הפסדיו [אלא שמנכים לו כשיעור שהרוויח בזה שלא היה צריך לטרוח בעבודתו], ומדוע כאן אין לו אלא שכרו שזהו רק שכר הטרחה ומפסיד כל דמי חמורו. והרבה תי' נאמרו בראשונים על קו' זו, ונביא כאן רק חלק מהם [אותם שהעתיקו הפוסקים]. הרא"ש תי' דמן הדין ליכא לחיובי' יותר משכרו הראוי לו, ורק מתקנת חכמים מחייבין ליה, דתיקנו שיתנו שכר על השבת אבידה כדי שלא יימנעו מלהשיב. וחכמים לא תיקנו אלא כשאין הבעלים שם, אבל אם הבעלים שם דיכול להתנות עמו לא תיקנו, ואיהו דאפסיד אנפשי' בזה שלא התנה עם הבעלים. וממילא מיושב שפיר, דבמשנתנו מיירי שהבעלים עמו ומשו"ה אין לו אלא שכרו, ובפועל דמיירי לגבי השבת אבידה בד"כ אין הבעלים שם, ולכן תיקנו חז"ל שיתנו לו כל הפסדיו. וכתב הרא"ש דלפי"ז היכא שאין הבעלים עמו בשעה שהציל את החמור נותן לו דמי חמורו.

והר"ן והנמו"י תי' דכשהבעלים שם ולא התנה עמהם איהו דאפסיד אנפשיה. ומשמע דלאו משום תקנ"ח היא אלא מדינא,

איתא בשו"ע (סי' רסד ס"ג): "שטף נהר חמורו וחמור חברו, שלו שווה מנה ושל חברו מאתיים, הניח שלו והציל את של חברו אין לו אלא שכר הראוי לו. ואם אמר לו אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי, או שהתנה כן בפני בי"ד חייב ליתן לו דמי שלו. ואע"פ שעלה חמורו מאליו זכה במה שהתנה עמו". והגיה הרמ"א עלה וז"ל, "מיהו הוא הפקר וכל הקודם בו זכה. ואם אין הבעלים שם אע"פ שלא התנה כאילו התנה דמי".

מקור דין זה הוא מהמשנה במסכת בבא קמא פ' הגזול ומאכיל (דף קטו:) וזה לשון המשנה: "שטף נחל חמורו וחמור חברו, שלו יפה מנה ושל חברו מאתיים, והניח זה את שלו והציל את של חברו אין לו אלא שכרו. ואם אמר לו אני אציל את שלך ואתה נותן לי את שלי חייב ליתן לו" עכ"ל המשנה.

ומבואר בטור וברמ"א דכל זה הוא רק כשהבעלים שם, אבל אם אין הבעלים שם נותן לו כל שכרו. ומקור דין זה הוא מדברי הראשונים, דהנה נתקשו הראשונים בסוגיין, דהכא מבואר דמעיקר הדין א"א לחייבו מדין נהנה לשלם את דמי החמור אא"כ התנה עם הבעלים [דאז חייב מדין פועל]. והקשו הראשונים מ"ש מהא

וגם הש"ך ציין לדברי התוס' והב"ח. ועיין בסמ"ע בסימן רס"ה סק"ד דמשמע שנקט ג"כ כדעת התוספות, וכן נקט בנתה"מ (סי' רסד סק"ג). [אולם בסימן רס"ה ביאר דברי הטור והרמ"א ע"פ דעת הנמו"י בב"ק שמבאר מהלך אחר בסוגיא, שכתב שהצלת חמור מילתא דלא שכיחא הוא ולא הוצרכו לתקן, משא"כ בהשבת אבידה דשכיח תקנו שישלם לו הפסדיו. ומ"מ כתב דזהו רק כשהבעלים שם, אבל אם אין הבעלים שם נותן לו כל שכרו עיי"ש עוד ובנתיבות. וע"ע בכתנות פסים על הנמוק"י בב"ק שם שהבין שהם ב' תירוצים, וע"ע שם בכתנות פסים דס"ל לדעת התוס' אין חילוק אם הבעלים שם או לא. אולם בב"ח ושאר אחרונים שהבאתי מבואר דלא כוותיה].

ומ"מ מבואר ששכרו הראוי לו חייב אפי' אי אין הבעלים כאן. והטעם יש לבאר בפשיטות, לפי הרא"ש דשכרו חייב מן הדין לשלם וממילא אפי' בפני הבעלים חייב, וכן לדעת התוס' היה אפש"ל בפשיטות, דכדי שכרו היה צריך לשלם לפועלים ג"כ או היה צריך לטרוח בעצמו כדי שיעור זה, וממילא חייב אף כשהבעלים כאן. אולם עיין סמ"ע סימן רס"ה סק"ד שכתב שמעיקר הדין אי"צ לשלם לו אפי' שכרו הראוי לו, אלא מאומדן דעת דאמדינן דעת הבעלים דניח"ל שיציל הלה והוא ישלם לו דמי החמור משו"ה נוטל המציל דמי חמורו. [נמש"ה היכא דשכר כפועל בטל לגמרי יוצא פחות מזה אמרינן דניח"ל ליתן הפחות] ולכאורה זה שייך רק

שאם ירד על דעת שהלה יתן לו כל דמי חמורו היה לו להתנות, וכיון שלא התנה ודאי מחל.

והתוס' תי' דהיינו טעמא שאין לו אלא שכרו בהצלת החמור, משום דמיירי באופן שיכול להציל ע"י הדחק [דאל"ה הרי יכול לומר לו מהפקירא קזכינא כמבואר בסוגיא דב"ק שם]. וא"כ יכול לומר לו אני הייתי מציל לבד, או הייתי שוכר פועלים להציל, וממילא אין לו אלא שכרו.

ועפ"ז מבואר החילוק בין היו שם הבעלים ללא היו שם הבעלים, דלדעת הרא"ש דמן הדין ליכא לחיובי' יותר משכרו הראוי לו - ורק מתקנת חכמים מחייבין ליה, ס"ל דלא תיקנו אלא כשאין הבעלים שם, אבל אם הבעלים שם שיכול להתנות עמו לא הוצרכו לתקן ככהאי גוונא ונשאר דינו כמו מעיקר הדין שאין לו אלא שכר טרחה. וכן יש לבאר עפ"י הר"ן והנמו"י דס"ל מטעם מחילה, דזה הטעם ג"כ לא שייך אלא כשהבעלים שם [וכמבואר בדבריהם]. וכן ע"פ מהלך התוס' ביאר הב"ח דכשהבעלים כאן יכולים להציל או לשכור פועלים, אבל כשאינם כאן אינם יכולים להציל [ואע"פ שאפשר שיבואו אנשים להציל מ"מ לא ניחא ליה לסמוך עליהו, דאפשר שלא יבואו ויפסיד כל החמור]. ועיין בב"י שביאר ע"ד הרא"ש.

ובסמ"ע ביאר ב' ביאורים, הראשון ע"פ הר"ן והנמו"י והשני ע"פ התוס'.

דמי חמורו אא"כ התנה עמו. משא"כ ביטול מלאכתו היינו שווי הזמן שהקדיש עבורו, וע"ז חייב מדין נהנה. וכן י"ל גם בדעת הרא"ש, דס"ל ג"כ דמעיקר הדין פטור וחייב רק משום תקנת חכמים, אלא דס"ל דגם ביטול ממלאכתו מיקרי הפסד צדדי.

בעניין התנה בפני ב"ד

במשנה מבואר החילוק בין התנה עם הבעלים לבין לא התנה. אולם הרמב"ם והטור והשו"ע כתבו דגם היכא דהתנה בפני ב"ד חייב ליתן לו דמי שלו. וביאר המגיד משנה דהרמב"ם למד דין זה מהא דמבואר במשנה גבי פועל שרוצה לקבל יותר מכשיעור פועל בטל, שיכול להתנות ומהני תנאו. ויש להקשות דבשלמא לשיטת הרמב"ם דס"ל דגם כשאין הבעלים שם אין לו אלא שכרו, י"ל דתנאי בפני ב"ד מועיל ג"כ לחייבו היכא דאין הבעלים כאן ואינו יכול להתנות עמהם, דבכה"ג תיקנו דיכול להתנות בפני ב"ד ומדין הפקר ב"ד הפקר. אולם להראשונים והטור והרמ"א צ"ע, דהא אם אין הבעלים כאן נותן לו דמי חמורו אפי' בלא שיתנה עם ב"ד, ואם הבעלים כאן מדוע יועיל תנאי בפני ב"ד להפקיע ממנו, ומדוע לא יתנה עם הבעלים. (וראה שנויי נוסחאות באחרונים איך שהקשו ק' זו).

וכבר נעמדו האחרונים על קושיא זו, וכתב הט"ז לתרץ דאה"נ, לא מהני התנה בפני ב"ד אם הבעלים כאן, אלא דדין זה

היכא שהבעלים עצמם יכולים להציל, אבל היכא שצריכים לשכור פועלים א"כ מעיקר הדין צריך להיות חייב כשיעור שהיה צריך לשכור, ויל"ע. אולם בדעת הר"ן והנמו"י יל"ע, מדוע לא נאמר דגם על שכרו מחל.

ונראה, דבד"כ אדם העושה טובה לחבירו אמרינן שאינו עושה בחנם אלא ע"ד ליקח ממנו שכר, וכמבואר ברמ"א (סו"ד) ומקורו מדברי הר"ן. [ומכח קו' זו דחה הנתיבות את הפירוש הזה של הסמ"ע ונקט כביאור השני שהוא כדעת התוס', אולם הבאנו כבר שגם הר"ן גופיה פ' כפירוש הזה, וע"כ צריך לחלק כדלהלן] וע"כ צריך לומר דבד"כ אמרינן שאדם שעושה לחברו טובה אין כוונתו בחנם, אלא סומך שהלה ישלם לו. אבל הוצאה גדולה כזו [שמוותר על חמורו מפני חמור חברו] ודאי לא היה לו לעשות על סמך שהלה ישלם לו את כל החמור, וע"כ שדעתו היה למחול לו, וממילא א"ש מדוע שכרו חייב [ובזה מיתרצא נמי קו' א' דהנתיבות שם].

והנה הר"מ והשו"ע לא חילקו כלל בין היו שם הבעלים או לא, ומשמע דס"ל דבכל גוונא אין לו אלא שכרו. ויל"ע מה יענו על קושיית הראשונים, מאי שנא מהא דהשבת אבידה כשמתבטל ממלאכתו דנותן לו את ההפסדים, וכן מסברא מ"ט לא ישלם לו מה שנהנה. וביאר ראה"כ הגר"י בריזל שליט"א דס"ל דמה שמפסיד הפסדים צדדיים לא נכלל בהנאתו, ולכן אי"צ לשלם

שם ודאי ניחא להו שיציל ולמה צריך להתנות. ולכאורה צ"ל דאה"נ, הט"ז ס"ל כהרא"ש [או כהנמוק"י], ויל"ע.

ובדעת הסמ"ע יש ג"כ מקום עיון, דבשלמא לדעת הרא"ש והנמוק"י י"ל דסגי בתנאי בפני ב"ד [וכמ"ש הנתיב"מ דלא הצריכוהו לטרוח לרוץ אל הבעלים דודאי ניחא ליה], דבהכי סגי, דלא נאמר דאפסיד אנפשיה בזה שלא התנה. אלא לדעת התוס' מאי מהני תנאי בפני ב"ד, הא הבעלים יאמרו דלא ניחא להו כלל בזה דהא יכולים להציל לבד או לשכור פועלים. ואין לומר דעשו תקנה אע"ג דמן הדין אין לחייבו בזה, דהא ס"ל להתוס' דהבעלים לא ניחא להו בזה, ומדוע נעשה תקנה נגד רצונו - ובפרט דמפסיד ע"י זה סכום גדול שנגד דמי חמורו, וא"כ קשה על הש"ך והב"ח. וגם הסמ"ע בתירוץ א' דביאר דעת הטוש"ע כהתוס' [והנתיב"מ נקט כטעם זה לקמן בסק"ד] יש להקשות, דמה ענין ב"ד לכאן [ויוצא דגם ביאור הט"ז וגם ביאור הסמ"ע אינו מובן לשיטת התוס'].

והנראה בזה, דהנה הא הוכיחו התוס' דסוגיין מיירי ביכול להציל ע"י הדחק. והוא דבר מוכרח, דהא אי לאו הכי הרי יכול לומר לו מהפקירא קזכינא וכמבואר בב"ק, וא"כ מדוע מיאנו הראשונים בביאור התוס' והוצרכו לפירושים אחרים, דבעינן לדין מחילה או דחכמים לא תיקנו בכה"ג, ומדוע לא ביארו כהתוס' דאינו נהנה כלל

חומרא קאתי לאשמועינן, דאם יש כאן ב"ד אפילו אין הבעלים כאן אין נותן לו דמי חמורו אא"כ מתנה בפני ב"ד. אולם בסמ"ע מבואר דהוי קולא, דסגי בהתנה בפני ב"ד ואי"צ להתנות בפני הבעלים אפילו הבעלים כאן. והט"ז הק' עליו כנ"ל, ובנתיבות ביאר על דרך הסמ"ע דכשהבעלים כאן אלא שעומדים מרחוק סגי להתנות בפני ב"ד, ולא הטריחוהו לילך אל הבעלים להתנות עמהם. ולכאורה היינו מדין הפקר ב"ד הפקר, וכיון דמסתמא ניח"ל לבעלים תיקנו דסגי בזה ולא הטריחוהו יותר.

ומדברי הט"ז מבואר דגם לדעת הסמ"ע במקום שאין הבעלים שם ויש שם ב"ד אין לו אלא שכרו אם לא התנה בפני ב"ד. אולם בסמ"ע אין משמעות לזה, וגם בטור יש לדייק דלא כהט"ז, אלא היכא דאין הבעלים שם אע"ג שיש שם ב"ד נותן לו כל דמי החמור [ובזה מיושב קו' הט"ז על הסמ"ע עיי"ש].

ובשיטת הט"ז יל"ע בסברת הדבר, דלכאורה תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל. דבשלמא לדעת הרא"ש י"ל דחז"ל לא תיקנו אלא כשאנו יכול להתנות בפני ב"ד, אבל אם יכול להתנות ליתא לתקנת חז"ל. ולדעת הנמוק"י יש מקום לדון אם שייך לומר דאם יש שם ב"ד ולא התנה עמהם ודאי מחיל, ויל"ע בזה. אולם לדעת התוס' לכאורה אין שום הבנה לומר צריך להתנות בפני ב"ד, דהא כיון דאין הבעלים

שלא יוכלו עוד להציל וודאי ניח"ל]. ומש"ה ס"ל להראשונים דודאי נהנה ככל שיעור דמי חמורו, והוצרכו לתרץ תי' אחרים על קו' התוס'.

ועפי"ז י"ל דגם התוס' מודו דע"פ הרוב ודאי ניחא להו להבעלים שהלה יציל והם ישלמו ההפסד, אלא דס"ל דמ"מ יכולים הבעלים להצטדק ולומר דהוא לא הוה ניחא ליה בהכי והמע"ה, ואי אפשר לחייבו יותר מכדי שכרו. וכעין שאמרו בר"פ המניח גבי כד וחבית דאע"ג דרובא קרו לכד כד ולחבית חבית יכול המוכר לומר שהוא מהמיעוט שקורים לכד חבית, וה"נ כאן המע"ה. ולפי"ז י"ל דתיקנו דכשמתנה בפני ב"ד [ונכמו שבי' הנתיבות דהבעלים עומדים מרחוק] נחשב כאילו התנה בפני הבעלים, דנקטינן דודאי ניחא ליה שיציל אלא שיכולים לטעון שאינם רוצים, ותיקנו שתנאי בפני ב"ד יחשב כאילו התנה בפני הבעלים ומדין הפקר ב"ד הפקר, שלא יוכלו הם להצטדק דלא ניחא להו. [ותיקנו כן כדי שלא להטריחו וכמש"כ הנתיבות. ויש להוסיף טעם לשבח, דהא כל מה שיכול להקדים יש לו יותר סיכויים להציל, ומש"ה כיון דודאי ניח"ל בהא וכדאמרן תיקנו שיתנה בפני ב"ד כדי שלא יצטרך להתעכב עד שילך אל הבעלים ולהתנות, דיכול להיות שבתוך הזמן יפסיד הלה חמורו ג"כ. ואתי שפיר].

בזה שמציל דהיה יכול להציל לבד. והיה אפשר"ל דאה"נ, אם הוא עצמו יכול להציל ע"י הדחק או שיש שם עוד בני אדם יודו לסברת התוס', אלא דהם איירו בעניין שאין כאן עוד מצילין, ומ"מ אין זה הפקר דאולי ייקלעו לכאן עוד אנשים, וכיון דאפשר שיהו מצילין שוב אין זה הפקר. ומצד שני בכה"ג ודאי ניחא להו להבעלים שהלה יציל וישלם לו דמי חמורו, יותר מלהניח ולחפש אחר מצילין אחרים, דהא יש צד דלא ימצא אחרים ויפסיד הכל. והתוס' איירי באופן שנמצא כאן עוד אנשים, ובכה"ג אינו נהנה אלא כדי שכרו.

אולם יותר נראה לומר דהראשונים ס"ל דאפילו בכה"ג שיש עוד אנשים היה צריך להיות חייב מן הדין על הכל, דודאי אדם שנשטף חמורו ניחא ליה שהראשון שיכול להציל יציל - ואפי' יצטרך לשלם על זה יותר מן הרגיל, וכמו דחזי' בכל השבת אבידה דאמרי' לי' שיגביה והבעלים ישלם לו שכר בטילתו ואפי' עד כדי דמי האבידה, ולא אמרי' דניחא להבעלים שיניחנה כך ואנשים אחרים יגביהוה. [ואע"ג דיש לחלק בין היכא דהבעלים שם דהם ידאגו להשיג אדם אחר שיעשה מלאכה זו, משא"כ כשאינו שם וכמבואר בתוס' דבכה"ג ודאי ניח"ל, מ"מ מסתבר דגם כשהוא שם ודאי כל מה שיכול להקדים ההצלה ניחא ליה, ובפרט בנהר ששטף דכל רגע יכול להגיע למצב

הרב שלמה בריזל

ההיתר והמחייב ליטול שכר על השבת אבידה

בסוגיא זו של נטילת שכר על השבת אבידה יש ב' חלקים. יש את חלק הממוני, שיש לדון האם יש מחייב ממוני בזה, ויש גם את חלק האיסור, דהיינו שיש איסור ליטול שכר על מצוה, ויש לדון בזה היאך מותר ליטול שכר על מצוה זו של השבת אבידה. ובשו"ע הוא מתחלק גם כן לב' חלקים, בסימן רס"ד מתבאר חלק הממוני והמחייב שיש בכל אופן ואופן, ובסי' רס"ה מתבאר חלק האיסור שיש בנטילת שכר על קיום מצוות השבת אבידה. במאמר שלפנינו נבאר בעזה"ש את ב' החלקים בנפרד. נקדים תחילה בבירור המחייב הממוני, ואח"כ נבוא לבאר את חלק המצווה שיש בו.



חלק א' – המחייב הממוני שיש בנטילת שכר השבת אבידה

ב' המקומות בש"ס שמבואר שם שנוטלים שכר על השבת אבידה – משיב אבידה ושטף נהר | מחלוקת תוס' והרא"ש בתירוץ בין ב' הסוגיות | מהלך הרמב"ם בחילוק שבין ב' הסוגיות | בגדר התקנה להתנות בפני בי"ד בהשבת אבידה ובשטף נהר

מלאכה דבטל מינה". והיינו דהמחזיר אבידה יש מחייב ממוני שייתן לו מה שהפסיד בעבודתו, אלא כיון דלמעשה לא עבד הרי זה נותן לו כפועל בטל מאותה מלאכה, כמה היה מוכן לקבל אם לא יעבוד. ונחלקו הראשונים אם נותנים לו גם שכרו מה שטרח למעשה [שכר הפעולה], וזה כבר תלוי בשאלה האם הוי שכר מצוה. אבל עכ"פ מבואר דבעצם יש מחייב על כל מה שהפסיד מה שהיה יכול לקבל בעבודתו, ואכן אם

בדין חיוב שכר למשיב אבידה

בש"ס מצינו ב' פעמים שמוזכר חיוב ממון באחד שמציל ממון חברו. א - כאן בב"מ לגבי השבת אבידה, במתני' (דף ל:) "היה בטל מסלע לא יאמר לו תן לי סלע אלא נותן לו שכרו כפועל. אם יש שם בית דין מתנה בפני בית דין, אם אין שם בית דין בפני מי יתנה, שלו קודם". ובגמ' שם (דף לא:) "[תנא] נותן לו שכרו כפועל בטל. מאי כפועל בטל, אמר אביי כפועל בטל של אותה

נתקשו אמאי חייב הבעלים לשלם לבעל האבידה, הא הוי מבריה ארי בעלמא, והמבריה ארי מנכסי חברו אין הבעלים צריך לשלם לו למציל כלום. ומתריצים התוס' דכאן שאני משום דהוי ברי הזיקא, ובברי הזיקא יש מחייב אפי' דהוי רק מבריה ארי. ובפשטות ההסבר בזה הוא משום דבברי הזיקא אנו רואים כאילו המציל מהנה את חברו בדבר חדש, דהרי החפץ כבר היה מופסד מחברו, משא"כ בסתם מבריה ארי דלא הוי ברי הזיקא ליכא מחייב משום דהוי מבריה ארי בעלמא.

וכתבו התוס' ליישב את סתירת הסוגיות, דהא דאמרין התם דמשלם רק שכרו ואינו משלם לו חמור משלם הוא משום דהוי בפניו, משא"כ גבי השבת אבידה משלם לו כפועל בטל משום דאיירי שלא בפניו. והיינו דבעצם יש מחייב מדינא כשמציל ממון חברו, אלא דבפניו יש פטור, ומבארים התוס' החילוק בזה דיש ב' טעמים בהא דליכא חיוב אם הוי בפניו; א - דאיירי שיכול הבעלים להצילו ע"י הדחק, ולכן ליכא מחייב של נהנה דהרי יכול הבעלים להצילו ע"י הדחק, ויכול לומר לו דלא ההנתני כלום דהייתי מצילו בעצמי. ב - דיכול הבעלים לומר לו הייתי שוכר פועלים אחרים שאינם מפסידים חמור בשעת ההצלה, ולא הייתי צריך לשלם אלא שכר טרחה בלבד. והסמ"ע מביא ב' טעמים אלו של תוס' [והסמ"ע מוסיף עוד סברא, דכיון דהוי בפניו ולא התנה הרי זה ראייה שהוא מחל לו, ואולם

אינו רוצה כלל לישב בטל הרי זה מתנה בפני בי"ד ומקבל אח"כ את כל מה שהפסיד. [אלא שאם אינו מתנה הרי הוא מקבל רק כפועל בטל, משום דבדרך כלל אמדו חכמים דעת בני אדם שרוצים לישב בטל ולקבל שכר כפועל בטל מאותה מלאכה].

ב — בגמ' ב"ק (קטו.) גבי שטף נהר חמורו וחמור חברו, איתא במתני' שם "זה בא בחביתו של יין וזה בא בכדו של דבש, נסדקה חבית של דבש ושפך זה את יינו והציל את הדבש לתוכו, אין לו אלא שכרו. ואם אמר אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי חייב ליתן לו. שטף נחל חמורו וחמור חברו, שלו יפה מנה ושל חברו מאתיים, והניח זה את שלו והציל את של חברו אין לו אלא שכרו. ואם אמר לו אני אציל את שלך ואתה נותן לי את שלי חייב ליתן לו".

ביסוד המחייב בנטיילת שכר גבי השבת אבידה

והנה באמת יש לדון איזה מחייב יש במציל ממון חברו שצריך בעל האבידה לשלם לו למציל, האם החיוב הוי מעיקר הדין, וא"כ מאיזה דין בחור"מ יש מחייב זה. ונראה דיש בזה כמה מהלכים בראשונים, ולפי"ז יש לדון בסתירת הסוגיות הנ"ל.

מהלך התוס' - תוס' בב"מ אומרים דהטעם שצריך בעל האבידה לשלם לו למציל הוא מדין מחייב של נהנה, דהתוס'

חיוב נהנה הוא כעין המחייב של 'ממוני גבך' שחייב לו חברו מה שהנהנו ומה שנשתבח ממנו מחמת המהנה, וכאן הרי הוא נהנה מחברו רק בזה שטרח בשבילו להחזיר לו את אבידתו ולהעלות לו את חמורו, ואמאי יתחייב לו מה שהפסיד חברו בשביל ההצלה. והרי הוא קיבל מהמהנה רק את הטרחה שטרח בשבילו, ולא קיבל ולא נשתבחו נכסיו כלל בהפסד זה שהפסיד חברו שהוא רק דבר צדדי בעלמא, שהמציל לא היה יכול לטרוח בשבילו אא"כ יפסיד את עבודתו או שיפסיד את חמורו, וא"כ אמאי יש בזה המחייב של נהנה.

והביאור בזה צריך לומר, דכיון שיש לו למציל הפסד ממון אם יטרח בשביל חברו, הרי אנו רואים כאילו ששכר פעולתו של המציל שווה כפי ההפסד שהוא מפסיד, דאדם שמקבל שכר על עבודתו או שהוא עסוק להציל את ממונו שווי זמנו ושכר פעולתו נמדד כפי מה שהיה יכול להרוויח בזמן הזה, ולכן שייך כאן מחייב של נהנה. שהרי שכר טרחה שפיר שייך על זה המחייב של נהנה, דשכר עבודתו שפיר ההנה אותו, וכאן שכר פעולה של אדם זה שווה יותר דהוא פועל יקר יותר מסתם שאר בני אדם.

מהלך הרא"ש - מהלך הרא"ש הוא, דבעצם מדינא יש חיוב לשלם רק שכרו לחוד [והיינו שכר פעולתו], אבל שאר ההפסדים לא הוי מדינא אלא הוי תקנת חכמים בעלמא, שתיקנו חכמים שישלם הבעלים למציל את מה שהפסיד בשבילו.

עדיין שכרו ישלם לו דעל זה ליכא ראיא שהוא מוחל אם לא התנה].

והסמ"ע (רס"ד סק"ז) מוסיף בזה עוד סברא למה בפניו אינו נותן לו אלא שכרו, משום דכיון דהוי בפניו הרי איכא מחילה, דהו"ל להתנות ולא התנה. ובנתיבות (רס"ד סק"ד) מוכיח דלא כסברא זו של הסמ"ע שבפניו יש מחילה, מזה שכותב הרמ"א גבי שניים שנתפסו למאסר והוציא אחד הוצאות שחייב השני לשלם לו כל מה שנהנה, והגם ששם איירי בפניו. ומזה מוכיח הנתיבות דלא כסברת הסמ"ע שבפניו יש מחילה, אלא העיקר כסברא המוזכרת בתוס' (ומובאת ג"כ בסמ"ע) דבפניו ליכא חיוב משום שיכול לומר לו שהיה יכול להציל לבד, וגבי שניים שנתפסו איירי שהשני לא היה יכול להציל את עצמו.

ואולם צ"ב רב בדברי הנתיבות, דהרי הרמ"א עצמו בהמשך בסי' רס"ה כותב להדיא דבהשבת אבידה אם הוי בפניו אין לו אלא כפועל בטל לגמרי משום דהיה לו להתנות ולא התנה, וכמו שאומר הסמ"ע. וכדי שלא יסתרו דברי הרמ"א אהדדי, ע"כ צ"ל גבי שניים שנתפסו בבית הסוהר דאיירי שלא בפניו, שלא היה לו הזדמנות להתנות, ולכן משלם לו כל מה שנהנה.

והנה, לשיטת התוס' דהשכר על השבת אבידה הוי מדינא [ובפשטות המחייב הוא מדין נהנה], יש לדון בדבר זה דלכאורה אמאי יש כאן מחייב של נהנה, והרי כל יסוד

ולפי"ז מתרץ הרא"ש את סתירת הסוגיות, דהחילוק בין השבת אבידה לשטף נהר אומר הרא"ש כתוס' דהשבת אבידה הוי שלא בפניו ובשטף נהר הוי בפניו, אלא שההסבר בחילוק זה אומר הרא"ש לשיטתו, דכיון דכל החיוב כאן לשלם יותר משכרו הוא רק מכוח תקנת חכמים, לכן בפניו ליכא חיוב, דליכא שום ענין לתקן בפניו של הבעלים שהרי כל המטרה של התקנה הוא כדי שאנשים ישיבו אבידות בני אדם, ואם הוא בפניו הרי יכול הבעלים בעצמו להתנות ולא בעינן לתקן כלל.¹

ויש לדון בשיטת הרא"ש אמאי ליכא חיוב מעיקר הדין לשלם לו גם על ההפסדים. והיה אפשר לומר דס"ל להרא"ש כקושיית התוס' דכאן הוי מבריה ארי בעלמא, ואפי' בברי הזיקא נמי ליכא חיוב במבריה ארי. אלא שהרא"ש עצמו בב"ק (בפרק הכנוס ס"ו) אומר להדיא כתוס' דבברי הזיקא חייב אע"ג דהוי רק מבריה ארי.² וע"כ צ"ל בדעת הרא"ש, דס"ל דבעצם לא שייך לחייב חיוב נהנה על הפסדים שיש לו למהנה בשביל הנאת חברו, והיינו דחיוב נהנה הוא רק על הממון שנהנה חברו מהם בפועל, אבל על הפסדים שהוציא המהנה מחמתו הרי זה

דבר צדדי בעלמא וא"א לחייבו על כך משום נהנה, ולא ס"ל להרא"ש כהסבר הנ"ל.

אולם דברי הרא"ש צריכים ביאור רב, דהרא"ש אומר דגבי אבידה באופן שיהיה בפניו הרי הוא משלם לו כפועל בטל ממש, ולא כפועל בטל מאותה מלאכה, והרי כל תירוצו של הרא"ש בסתירת הסוגיות הוא דגבי חמור איירי בפני הבעלים ולכן משלם לו רק שכרו, דאע"פ דהוי בפני הבעלים מ"מ אמדינן ליה לדעת הבעלים דשכרו כמה שטרח הוא רוצה לשלם לו, וגבי אבידה דהוי שלא בפניו לכן משלם לו כל מה שהפסיד, וממילא נשמע מינה דגבי אבידה אם יהיה בפני הבעלים הוי דינו כמו גבי חמור שמשלם לו רק שכרו כמה שטרח להחזיר את האבידה, וא"כ אמאי אומר הרא"ש שמשלם לו כפועל בטל. נלולא דברי הרא"ש היה אפשר לתרץ את סתירת הסוגיות כמהלך הרא"ש, אבל נאמר דאכן גבי אבידה באופן דהוי בפניו הרי הוא משלם לו דמי שכרו ולא כפועל בטל]. ועי' בפרישה מה שמתרץ בזה בדברי הרא"ש.

ועוד צ"ב בדברי הרא"ש, דלמעשה חוץ מסתירת דבריו קשה איזה מחייב יש בהשבת אבידה לשלם לו כפועל בטל, והרי

1 והנתיבות (רס"ה סק"א) מביא שיטה שלישית מהנמוק"י שהוא כעין הרא"ש, דהחיוב הוי תקנת חכמים ולכן איכא חילוק בין בפניו ושלם בפניו, אבל ס"ל דבדבר השכיח אע"ג דהוי בפניו תיקנו שישלם לו יותר משכרו, אלא שבדבר שאינו שכיח, אז תלוי אי הוי בפניו או לא.

2 ומהרא"ש כאן גופיה כבר מוכח שא"א לומר כך, דהרי על שכרו מודה הרא"ש שיש חיוב לשלם מעיקר הדין, ודוחק לומר דשכרו יהיה חייב מטעם פועל דאיכא אומנא דמוכח שהוא רוצה שיהיה פועל שלו, דהרי בכל מבריה ארי ליכא חיוב פועל ולא אמרינן שיש אומנא דמוכח שהוא רוצה שיהיה פועל שלו.

שייך חיוב נהנה כלל. וההסבר בזה הוא דלגבי שכר בטלה אפשר יותר לראות דרך שווה עכשיו שכר עבודתו, דהרי הוא פועל שמקבל יותר על פעולתו, משא"כ גבי הפסד חמור דחשיב יותר כהפסד צדדי בעלמא לא שייך לומר דשכר פעולתו שווה יותר בגלל שהוא מפסיד את חמורו בשעת ההצלה.

בגדר תקנת בי"ד גבי נטילת שכר בהשבת אבידה

נפסק בשו"ע גבי שטף נהר, דאע"פ שהדין הוא שאין הבעלים צריכים לשלם למציל אלא שכרו בלבד ולא הפסד חמורו, מ"מ אם יש שם בי"ד הרי הוא יכול להתנות בפניהם, וכיון שהתנה חייב הבעלים לשלם לו דמי חמורו משלם. ובעצם כבר מצינו ענין זה של בי"ד גבי השבת אבידה, דתנן במתני' (ל:): "היה בטל מסלע לא יאמר לו תן לי סלע אלא נותן לו שכרו כפועל, אם יש שם בית דין מתנה בפני בית דין, אם אין שם בית דין בפני מי יתנה, שלו קודם". והביאור שם במשנה הוא פשוט, דכל זה שהוא משלם לו כפועל בטל ולא כל מה שהפסיד הוא משום דלמעשה הרי לא טרח, ולכן אם לדידיה ניחא ליה לטרוח ולקבל את כל שכרו, תיקנו חכמים שיתנה כך בפני בי"ד לקבל את כל שכרו. והב"י מביא מהמגיד משנה דהרמב"ם למד מזה גם לגבי שטף נהר דמהני בי"ד כדי שישלם לו חמור משלם.

וכבר עמדו בזה האחרונים דלכאורה מאי מהני בי"ד גבי שטף נהר, דבשלמא

כפי מה שביארנו לעיל שיטת הרא"ש הוא דאין חיוב נהנה על ההפסדים שהפסיד המהנה ולכן הוצרך הרא"ש לומר דהוי תקנת חכמים, וא"כ היאך אומר הרא"ש דאבידה שמחזיר בפני הבעלים הרי הוא נוטל כפועל בטל. ובשלמא גבי חמור שנותר לו שכרו בזה אפשר להבין שיש מחייב מדינא על שכרו מדין נהנה, שהרי ההנהו לבעלים ע"י טרחתו, אבל גבי פועל בטל בהשבת אבידה הא הוי דבר צדדי בעלמא, וכל זה ששייך תשלום של פועל בטל באבידה הוא רק משום תקנת חכמים, ובפני הבעלים הרי לא הוצרכו לתקן וכמו שמבואר ברא"ש.

מהלך הרמב"ם - הנה המחבר נקט כאן לשונו של הרמב"ם, והפוסקים (סמ"ע ועוד) נקטו בפשטות דשיטת הרמב"ם הוא כהרא"ש ותוס' דיש חילוק בין בפניו לשלא בפניו, וכסברת התוס' והרא"ש. אבל לכאורה בפשטות לשון הרמב"ם הוי לשון סתמא, ולא חילק כלל בין בפניו ושלא בפניו, דלגבי שטף נהר חמורו אומר הרמב"ם שאין לו אלא שכרו, וגבי השבת אבידה אומר הרמב"ם שמשלם לו את כל הפסדו, וסתם הרמב"ם ולא חילק בין בפניו ושלא בפניו, וא"כ נמצא לפי הרמב"ם דקשה מה הסברא לחלק בין שטף נהר להשבת אבידה.

ובאבן האזל (בפ"ב מגו"א הי"ג בד"ה והנה מה שהקשו בתוס') מתרץ בדעת הרמב"ם, דס"ל דרך גבי השבת אבידה שייך לחייב משום נהנה, אבל בשטף נהר לא

דכל המחייב הוא רק מכוח תקנ"ח ובפניו לא הוצרכו לתקן גם צ"ב לכאורה, דאם הוי שלא בפניו א"כ אמאי בעינן שיתנה בפני בי"ד. ואולי יש לדחוק בדעת הט"ז דאזיל כשיטת הרא"ש, וס"ל דאפי' שלא בפניו מ"מ אם יש שם בי"ד לא רצו חכמים לתקן אא"כ יתנה בפני הבי"ד.

אולם עדיין צ"ב רב בדברי הט"ז, דהא גבי השבת אבידה נמי הוי שלא בפניו, ובפשטות מבואר במשנה דגבי השבת אבידה לא בעינן שיהיה בפני בי"ד. דפשטות כוונת המשנה דאם יש שם בי"ד מתנה בפניהם הוא, דאם הוא רוצה לטרוח ואינו חפץ ליבטל ממלאכתו יכול להתנות בפני בי"ד ומקבל כל מה שהפסיד, אבל אם הוא רוצה ליטול רק כפועל בטל בזה סגי אע"פ שאינו מתנה בפני בי"ד, וכן מפורש ברש"י להדיא. וההוכחה לפרש כן הוא מהמשך המשנה דאם אין שם בי"ד בפני מי יתנה שלו קודם, ומשמע מזה דאיירי באופן שרוצה תשלום שהבעלים אינו מחויב לשלם לו אם אין שם בי"ד, והיינו שכרו משלם.

ואולי אפשר לומר בדעת הט"ז, דס"ל דכוונת התנא "אם יש שם בי"ד מתנה בפניהם" איירי בכל אופן, והיינו דגם באופן שמסכים לקבל רק כפועל בטל מאותה מלאכה מ"מ אם יש שם בי"ד הרי הוא צריך להתנות בפניהם ואם לא התנה לא. וכ"ש דכוונת התנא הוא לומר דאם הוא רוצה שכרו משלם נמי צריך להתנות בבי"ד. אלא דסיוס

גבי השבת אבידה העניין של בי"ד הוא משום דבלא"ה אנו אומרים דבאמת ניחא ליה בזה שהוא אינו טורח, ונמצא שבאמת ליכא חיוב עליו אלא כפועל בטל, משא"כ גבי השבת אבידה הרי הא דליכא חיוב לשלם לו חמור הוא משום דהוי שלא בפניו, וא"כ מאי מהני שיתנה בפני בי"ד. ובאמת די ש לדון ענין זה לפי כל המהלכים הנ"ל בהא דליכא חיוב אם ההצלה הוי בפניו של הבעלים.

והנה באחרונים מצינו ב' מהלכים בטעם דמהני בי"ד גבי שטף נהר, ובכל אחד מהמהלכים צריך לדון ע"פ הטעמים בהא דליכא חיוב אי הוי שלא בפניו.

א' - הט"ז מחדש לומר דדין בי"ד האמור כאן איירי גבי שלא בפניו, והיינו דהגם דשלא בפניו יש חיוב מ"מ אם יש שם בי"ד הרי הוא צריך להתנות בפניהם, ואם אינו מתנה אין הבעלים צריך לשלם לו. והנה לכאורה מהלך הט"ז קשים בחשבון הדברים לפי כל הטעמים הנ"ל, דאם אמרינן כב' הטעמים של תוס', דבעצם לעולם יש מחייב אלא דבפניו אמרינן דהוי מחילה כי לא התנה, או משום דבפניו יכול הבעלים לומר לו שהיה שוכר פועלים אחרים להציל, מ"מ לפי ב' הטעמים נמצא דשלא בפניו יש מחייב וליכא שום פטור, וא"כ אמאי נאמר דבעינן להתנות בפני הבי"ד, והא ליכא שום מחילה וכן אין הבעלים יכול לומר שהיה שוכר פועלים אחרים. וכן לפי שיטת הרא"ש

דברי המשנה דאם אין שם ב"ד שלו קודם זה קאי רק באופן שהוא רוצה שכרו משלם, וכמבואר מרש"י.

ב' - מהלך הנתיבות (בחדושים סק"ד) הוא, דאיירי כאן באופן שהבעלים היו שם אלא שעמדו מרחוק, דאם אין הבעלים שם כלל הרי זה פשוט דלא בעינן כלל להתנות בפני ב"ד, וכוונת המחבר הוא רק באופן שהבעלים עומדים שם מרחוק.

ודברי הנתיבות ג"כ צ"ב לפי הטעמים הנ"ל, דאמאי בעינן להתנות בפני ב"ד אם הבעלים נמצאים מרחוק, ועוד צ"ב ביאור בדברי הנתיבות דאם יש שום סברא לומר דבעינן להתנות בפני ב"ד א"כ אמאי שלא בפניו ממש אי"צ להתנות בפני ב"ד, ומ"ש עומדים במקום רחוק מאופן שאין

הבעלים נמצאים כלל. דממ"נ, אם מיחשיב כשלא בפניו א"כ אמאי בעי ב"ד, ואי חשיב דהוי כפני הבעלים א"כ מאי אהני ליה ב"ד, והא בפני הבעלים ממש בעינן שיתנה עם הבעלים ולא מהני שיתנה בפני ב"ד [וכמו שנוקט כן הט"ז כדבר פשוט]. ואולי אפשר לומר בדעת הנתיבות דאזיל כטעמא דמחילה, דבפני הבעלים בעינן שיתנה דאל"כ יש הוכחה שמחל, ולכן שלא בפניו ממש לא בעינן כלל להתנות משום דליכא שום ראייה שמחל, וס"ל להנתיבות דאם הבעלים נמצא במקום רחוק הרי יש קצת ראייה שמחל, והיינו דודאי ליכא טענה עליו שיתנה בפני הבעלים דהרי הוא נמצא במקום רחוק, ואלא דלכה"פ יתנה בפני ב"ד, וסברא דחוקה היא ובפרט דהנתיבות עצמו (סק"ג) מביא את ב' הטעמים של הסמ"ע.

חלק ב' – איסור נטילת שכר על השבת אבידה

מהלך הרמב"ן במקור איסור נטילת שכר | מהלך חדש בשיטת תוס' והרא"ש במקור האיסור | בענין המחלוקת בשומת פועל בטל בהשבת אבידה | ב' מהלכים בהיתר ליטול שכר על הטירחא בשומת פועל בטל | בהיתר ליטול שכר בשטף נהר | האם יש איסור לקבל שכר על השבת אבידה כשהבעלים נותנים מעצמם

האיסור הוא ככל האיסור של נטילת שכר על מצוות או לא.

בדין האיסור ליטול שכר על השבת אבידה

ונראה קודם להקדים ביסוד ומקור האיסור ודברי הראשונים בזה, ואח"כ נדון בעזה"י בסוגיין היאך יש היתר ליטול שכר על השבת אבידה ועד

הנה דין זה דאסור ליקח שכר על השבת אבידה אין זה מבואר להדיא בגמ', אלא מתבאר הוא בדברי הראשונים. וצריך לדון בטעם ושורש האיסור, והאם גדר

כמה אפשר ליטול, ושיטות הראשונים בזה.

הנה בתוס' בכמה מקומות מבואר דין זה שיש איסור נטילת שכר על השבת אבידה, בתוס' בב"מ (סח. בד"ה ונותן לו בסוה"ד) איתא וז"ל, "וא"ת אם כן הוא נוטל שכרו על השבת אבידה, ובהכונס (ב"ק דף נו:): אמרינן דטעם דשומר אבידה הוי כשומר חנם משום דמאי הנאה קאי מטי ליה, וע"כ לא קאמרי רבנן טעינה בשכר אלא משום דא"כ לכתוב רחמנא טעינה ולא בעי פריקה". וכן הוא בתוס' בבכורות (כח: בד"ה כפועל) "וא"א לומר כן, דא"כ היה נוטל שכר על השבת אבידה, ואפי' לרבנן דאמרי טעינה בשכר לא אמרי אלא משום דא"כ לכתוב רחמנא טעינה ולא בעי פריקה ובריש הכונס (ב"ק נו:): אמרינן שומר אבידה כשומר חנם דמאי הנאה אית ליה". [אמנם שם איירי התוס' לגבי השאלה האם בתשלום של פועל בטל נותנין לו גם על זה שהוא טורח בהשבת באבידה או לא, ויתבאר ענין זה בהמשך בעזה"י, אבל עכ"פ מתבאר בדברי התוס' האיסור של נטילת שכר על השבת אבידה].

והנה לא מבואר להדיא בתוס' מקור האיסור של נטילת שכר בהשבת אבידה, ולהיפך, אנו רואים בתוס' שהוצרכו להוכיח מש"ס דיש איסור לקבל שכר בהשבת אבידה, ולא הביאו התוס' דין דמה אני בחינם, ועי' בהמשך מה שנראה לבאר בשיטת התוס'.

וכתב הרמב"ן בתורת האדם, דהטעם האיסור של נטילת שכר בהשבת אבידה הוא משום דין ד'מה אני בחינם'. וז"ל, "ולענין שכר רפואה נראה לי דמותר ליטול מהן שכר בטלה וטרחא, אבל שכר הלימוד אסור דאבידת גופו הוא, ורחמנא אמר 'והשבותו לו' ואמרינן לענין מצוות מה אני בחינם אף אתה בחינם". הרי שהבין הרמב"ן דבמצוות השבת אבידה נמי יש דין דמה אני בחינם, ומבואר בדברי הרמב"ן דגדר האיסור הוא ככל שאר המצוות, שיש איסור לקבל שכר ותשלום על מעשה המצוה ואפי' בהסכמת הנותן, דהאיסור הוא בעצם שלא יהיה שכר ותשלום על מעשה מצוה.

מהלך חדש בשיטת הרא"ש ותוס'
באיסור נטילת שכר בהשבת אבידה

והנה בתוס' הנ"ל לא הביאו המקור של הפסוק מה אני בחינם לגבי איסור נטילת שכר בהשבת אבידה, וכן הרא"ש כאן נמי אינו מביא מקור זה. [אלא מביא את הוכחת התוס' מפריקה ועוד הוכחה אחרת ועיי"ש בדבריו], ובחידושי חת"ס כבר עמד בזה אמאי לא הביאו התוס' מקור פשוט זה של 'מה אני בחינם' שאסור ליטול שכר על המצוות. ומתרחץ החת"ס שיש מקום לומר דכל האיסור של מה אני בחינם הוא רק לגבי מצוות שבין אדם למקום, אבל במצוות של בין אדם לחברו ליכא איסור. ואפשר להוסיף בזה תוספת ביאור, שיש מקום לומר דגדר האיסור של מה אני בחינם הוא שהקב"ה רוצה שיוכל כל אדם מישראל לקיים את כל

א"כ לכאורה ליכא בזה שום היתר, שהוא אינו מחויב להשיבה, דהרי כל הפסוק של מה אני בחינם ילפינן ליה בגמ' לגבי מצוות שאין הוא מחויב לעשותן, דהרי פשוט הוא שאין מחויב אדם ללמד את חברו תורה או למול את בני חברו [והגם שאפשר שיש חיוב על ב"ד להעמיד מוהל וכדו', אבל ודאי אם יש הרבה מוהלים פשוט שאין חיוב על אחד מהם שהוא ימול, ואין אדם יכול לכוף מוהל שימול את בנו]. ומה שהרא"ש כותב סברא זו ע"כ דס"ל שאין סיבת האיסור ליטול שכר מכח פסוק של מה אני בחינם, אלא מטעם אחר הוא, שאסור ליטול שכר על מצוה שהוא מחויב לעשותו, ולכן מובן שפיר שאם אין לו חיוב לעשות את המצוה תו ליכא איסור שיטול שכר על המצוה.

ובדעת הרמב"ן צ"ל כפשוטו, דהא דמותר ליטול שכר במקום שיש לו הפסד אין זה משום שהוא פטור מלהשיב, אלא דדין הוא שההפסד שיש לו מחמת המצוה יכול הוא ליטול וילפינן ליה מקרא דאפס כי לא יהיה בך אביון, וההפסד שיש לו אין זה בכלל האיסור של נטילת שכר על המצוות.

ונמצאנו למדים שיש מח' בטעם ההיתר ליטול שכר בהשבת אבידה כשיש לו הפסד, דלפי הרא"ש ההיתר הוא משום שאין הוא מחויב בהשבתה, וכל האיסור של ליטול שכר על השבת אביה הוא רק באופן שהוא מחויב להשיבה, ולפי הרמב"ן טעם

מצוות התורה בחינם בלי לשלם עליהם שכר, ולכן אמרה תורה שאם אתה עוזר לאחר לקיים מצוה ממצוות התורה הרי אסור לך ליטול עליו שכר [וכמו שהקב"ה לימד ונתן את התורה לישראל בחינם].

ונראה לחדש בדעת תוס' והרא"ש, שבאמת למעשה בהשבת אבידה ליכא איסור של מה אני חנם, אלא האיסור הוא מטעם אחר, דכיון דהוי מצוה שחייבתו תורה עליה לא שייך שיטול עליה שכר, דהא כיון שמחויב לעשותו מדין תורה לא שייך לומר בזה שאין הוא עושה זאת אם אינו מקבל שכר. והיינו דלגבי מצוות חיובית אין אנו צריכים קרא שאסור ליטול שכר, והפסוק של מה אני בחינם דילפינן מיניה שאסור ליטול שכר במצוות של בין אדם למקום לא איירי שם לגבי מצוות חיוביות - שהרי אין אדם מחויב ללמד את חברו תורה או להזות עליו מי חטאת וכדו', ועל זה אנו צריכים פסוק לומר שמחויב הוא לעשותו בחינם ואין הוא יכול לדרוש עליהם שכר.

ונראה שיש הוכחה גדולה לזה מדברי הרא"ש, דהרא"ש בסוגיין (סי' כ"ד) מבאר הטעם שמותר ליטול שכר על השבת אבידה כשמפסיד ממלאכתו משום "השתא שהוא עסוק במלאכתו ופטרתו תורה מהשבה יכול ליטול שכר". שההיתר ליטול שכר הוא משום שאינו מחויב בהשבה זו, והנה לכאורה אם הטעם באיסור נטילת שכר בהשבת אבידה הוא משום מה אני בחינם

מלהציל חמורו מ"מ היאך מותר לו ליטול שכר על טירחת השבת אבידה, והא לפי הרמב"ן כל ההיתר הוא ליטול רק את ההפסדים שיש לו ולא ליטול שטר טירחה.

בעניין שומת הפועל בטל האמור גבי השבת אבידה

עוד יש לדון בענין זה בסוגיין, דהנה נחלקו המחבר והרמ"א (רס"ה ס"א) בשומת פועל בטל שנוטל המשיב אבידה, האם זה כולל גם את הטרחה שהוא טורח בהשבתה. דהמחבר כותב שנטל כפועל בטל ממש, והיינו כמה שהיה רוצה ליטול כדי להיות בטל ממלאכתו ולישב בטל, והרמ"א חולק וס"ל שנוטל כמה שהיה רוצה ליטול להיות בטל ממלאכתו הכבדה ולעסוק בטרחה זו של ההשבה. וכבר נחלקו בזה הראשונים. תוס' בבכורות (נט: ס"ל שנותנים לו כפועל בטל ממש וכמו שנפסק בשו"ע, אבל רש"י באלו מציאות ותוס' בב"מ (ברך סח.) ס"ל ששמין כמה היה רוצה ליטול כדי לישב בטל ולעסוק בטרחה זו של ההשבה.

והנה יש לדון על שיטת הרמ"א, דלכאורה, הרי הוא נוטל שכר על השבת אבידה, דהרי בטרחה שהוא טורח בהשבה הוא מקיים מצוות השבת אבידה, וא"כ היאך הוא יכול ליטול שכר גם על טרחה זו. וכבר נתקשו התוס' בב"מ (שם) בדבר זה, וז"ל התוס': "ואם תאמר אם כן הוא נוטל שכר על השבת אבידה, ובהכונס אמרינן דטעם דשומר אבידה הוי כשומר חנם משום דמאי

ההיתר הוא משום שעל ההפסדים שיש לו מחמת המצוה אין איסור ליטול שכר.

ובבאר הגולה מוכח להדיא דס"ל שאם הוא פטור מההשבה הרי זה יכול ליטול שכר אף יותר מכדי הפסדו. שלגבי טענת השטאה שמבואר בשו"ע שאם יש לו הפסד יכול כבר ליטול אף יותר מכדי שכרו, כותב שם הבאר הגולה שאין בזה איסור של נטילת שכר על השבת אבידה, משום דס"ל למחבר שאין לו חיוב להשיבו. ועי' בהמשך מענין זה, אבל עכ"פ מוכח מזה שיש היתר בהשבת אבידה בזה לחוד שהוא פטור לעשותו, ולא רק משום שיש לו הפסד, וכהרא"ש.

ונראה שיש לדון בזה לפי ב' השיטות לגבי נטילת שכר בהצלת חמור חברו. דהנה מבואר בב"ק גבי שטף נהר חמור חברו שיכול הוא ליטול את שכרו, ויש להקשות בזה דהיאך הוא מותר ליטול שכרו - והא אסור ליטול שכר על השבת אבידה, ובשלמא בהשבת אבידה הרי הוא נוטל את הפסדו מה שהפסיד מחמת התעסקות בהשבה, אבל כאן הרי הוא אין הוא נוטל את הפסדו אלא שכרו הוא נוטל.

ולפי הרא"ש נחא שפיר, דלמעשה הוא פטור מהמצוה משום שגם חמורו נשטף, ואם יתעסק הוא להציל חמור חברו הרי הוא מפסיד את חמורו שלו, וכיון שהוא פטור מהצלת חמור חברו יכול הוא כבר ליטול עליה שכר, וכ"כ הסמ"ע. אבל לפי הרמב"ן צ"ב, דלמעשה אפי' הוא פטור

מעיקר הדין להצילו, מדין השבת אבידה. שהרי בהפסד ממון הוא מקבל מהבעלים את מה שהפסיד, ודווקא גבי הפסד חפץ שבזה אין חיוב מעיקר הדין כיון שלמעשה הוא מפסיד את גוף החפץ והוא מקבל מהבעלים רק את השוויון.

אולם רעק"א שם מביא בשם התרומת הדשן דס"ל דאף בהפסד ממון ליכא חיוב מעיקר הדין, ותליא במח' ראשונים זו. והעירני ידידי הר"ר שמואל בריזל שליט"א דכן סבר הבאר הגולה (אות פ), שכותב בדעת המחבר דהא דמותר ליטול יותר מכדי הפסדו הוא משום דס"ל שאין חיוב להציל, ושם איירי רק בהפסד ממון בעלמא.

ובאמת דצ"ב הסברא בזה, דמדוע לא יהיה חיוב עליו להפסיד את ממונו כדי להציל ממון חברו - והא הבעלים חייבים להשלים לו את הפסדו, ובשלמא גבי הפסד חפץ שהבעלים אינם יכולים להחזיר לו את החפץ שהוא הפסיד נאמר שאין עליו חיוב להציל, אבל גבי הפסד ממון מה סברא יש שלא יהיה חיוב והא בסוף הרי הבעלים משלמים לו את הפסד.

ואולי יש לבאר בזה, שאע"פ שיש לו רק הפסד ממון ושייך להשלים לו הפסדו, מ"מ למעשה עד שימצא את הבעלים ועד שהבעלים ישלם לו יש לו הפסד ממון, וכן יש גם את הטרחה להוציא את הממון מן הבעלים. ובזה יש מקום להבין שאינו מחויב לקחת על עצמו הפסד זה. [ועי' נתי"מ

הנאה קא מטי ליה, וע"כ לא קאמרי רבנן טעינה בשכר אלא משום דא"כ לכתוב רחמנא טעינה ולא בעי פריקה. וי"ל דאין לחוש אם נוטל שכר, כיון שעוסק במלאכה אחרת ומפסיד, דהא אם היה שם בית דין היה מתנה ליטול כל מה שהפסיד, ועכשיו דליכא ב"ד למה לא יטול כל טרחו" ע"כ. אך דברי התוס' צריכים ביאור, ויתבארו בהמשך בעזה"ת.

ושמעותי מידידי הר"ר יוחנן בריזל שליט"א לדייק שלשון הטור מורה דכל ההיתר ליטול שכר הוא משום שאין הוא חייב להשיבו, והיינו דאע"ג שהבעלים משלמים לו על ההפסד מ"מ אין הוא חייב בזה, כיון דלמעשה יש לו הפסד. שאינו מחויב להציל ממון חברו אם יש לו הפסד ממון, אע"פ שהבעלים חייבים להחזיר לו את הפסדו.

ובאמת מצינו כבר דין כזה לגבי הפסד חפץ, שמעיקר הדין אין אדם מחויב להפסיד חפץ שלו כדי להציל ממון חברו אע"פ שהבעלים ישלמו לו את דמי החפץ שהוא הפסיד. ונחלקו הראשונים האם פסקינן כרבי ישמעאל שיש בזה תקנת יהושע בן נון להפסיד חפץ בשביל הצלת ממון חברו אבל מעיקר הדין ליכא חיוב, והובאה מח' זו ברמ"א (סי' רס"ד ס"ה).

והנה הסמ"ע שם אומר דכל זה הוא רק באופן שהוא מפסיד חפץ משלו, אבל בהפסד ממון בעלמא לכו"ע איכא חיוב

בהלכות שומרים סי' ש"ג סוף סק"ט שמביא סברא זו].

ואולם אפי' אם נסכים לדברי התרומת הדשן והבאר הגולה, מ"מ עדיין אין זה מספיק אלא לתרץ את שיטת התוס' והראשונים, אבל אין זה מתרץ את דברי הטור והרמ"א. שהרי הטור והרמ"א פוסקים אפי' גבי הפסד חפץ שיש חיוב להציל ממון חברו גם באופן שהוא מפסיד מחפציו, וכתקנת יהושע בן נון. וא"כ כ"ש שיש חיוב להציל ממון חברו באופן שיש לו הפסד ממון³.

וכן בדברי התוס' שנתקשו בקושיא זו (והובא לעיל), מאריכות לשון התוס' שם משמע שכיוונו לתירוץ אחר על קושיא זו.

ונראה לבאר בכוונת תירוץ התוס', דהנה בשומת פועל בטל הרי אין נותנים לו את כל מה שהפסיד מה שהיה מקבל על מלאכתו הרגילה, אלא נותנים לו כמה הוא מוכן לקבל כדי לפוש ולא לטרוח במלאכתו הרגילה. אבל למעשה בעצם הוא מפסיד שאינו מקבל שכרו משלם. אלא דסו"ס אין זה מיקרי הפסד כיון דאמרינן דניחא ליה לאדם לפוש ממלאכתו בשביל סכום כזה של פועל בטל, שהוא מרוויח שאינו צריך לטרוח [ואכן אדם שאינו רוצה את המנוחה וניחא

ליה לעמול כדי לקבל שכרו משלם הרי הוא מתנה בפני ב"ד ומקבל שכרו משלם]. וא"כ יש מקום לומר, שכיון שלמעשה הוא טורח בהשבת אבידה, הגם שטרחה זו הוא חייב לעשות בחינם, מ"מ אם הוא אינו מקבל שכר על הטרחה נמצא שכבר אין משתלם לו המנוחה שהוא מקבל, שהרי למעשה הוא טורח, וכבר רוצה לעסוק במלאכתו הרגילה ולקבל שכר משלם. וא"כ נמצא שיש לו היתר ליטול שכר על הטרחה שיש לו בהשבה, כיון שאם אינו נוטל שכר על זה הריהו חוזר להפסדו הראשון של כל השכר שהיה יכול לקבל על מלאכתו הרגילה.

וכלומר, שבנידון זה של שומת פועל בטל יש ב' אופנים איך להתייחס לשכר שהוא נוטל על הטרחה של ההשבה: מצד אחד יש מקום לומר שכיון שהוא מסכים לקבל את המנוחה ולא לטרוח במלאכתו הקבועה תמורת שכר בטלה, א"כ אע"פ שלמעשה יצטרך לטרוח בהשבתו וא"כ תו אינו מסכים לוותר על מלאכתו הקבועה שהרי אין לו מנוחה, מ"מ אין זה מיקרי הפסד כיון שטרחה זו של השבה הוא מחויב לעשות בחינם. וא"כ ביחס לשכר בטלה אנו מתייחסים כמי שיש לו מנוחה, ונותנים לו כמה הוא מוכן לקבל כדי לא לטרוח במלאכתו הקבועה ולהיות במנוחה, ואין אנו מחשבים גם את טרחתו שטורח למעשה על

3 והגם שבבאר הגולה הנ"ל מבואר בדעת השו"ע דס"ל דלא נקטינן כרבי ישמעאל, לכאורה כוונתו הוא שיש בזה מח' המחבר והרמ"א האם פסקינן כרבי ישמעאל או לא.

להשבה, כיון שדבר זה הוא כבר מצוה ומחויב לעשותו בחינם. ואולם מצד שני יש אפשרות להתייחס לזה באופן אחר, דכיון שלמעשה אנו יודעים שהוא יצטרך לטרוח על ההשבה, אע"פ שהוא טרחה של מצוה שמחויב לעשותו בחינם, מ"מ למעשה מנוחה אין לו, וא"כ יכול הוא לומר שכיון שאין לו מנוחה הרי הוא רוצה לחזור ולטרוח במלאכתו הקבועה. והיינו שאין הוא נוטל שכר על הטרחה, אלא שברגע שהוא טורח הרי יש לו כבר הפסד ממלאכתו הקבועה, שהרי כל זה שההפסד ממלאכתו הקבועה אינו נחשב הפסד זה רק משום דניחא ליה לפוש ולקבל פחות משכרו. וזהו כוונת התוס' בתירוצם שמתייחסים לשכר טרחה כצד השני, ולכן אין זה נחשב שהוא נוטל שכר על השבת אבידה.

ההיתר ליטול שכר בהצלת חמור

הנה בסוגיא בב"ק (קטו:) במתני' שם מבואר, "שטף נחל חמורו וחמור חברו, שלו יפה מנה ושל חברו מאתיים, והניח זה את שלו והציל את של חברו אין לו אלא שכרו. ואם אמר לו אני אציל את שלך ואתה נותן לי את שלי חייב ליתן לו". ובגמ' שם בהמשך (בדף קטז.) איתא, "אמאי, ונימא ליה משטה אני בכך, מי לא תניא הרי שהיה בורח מבית האסורין והייתה מעבורת לפניו, אמר לו טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו, אלמא אמר ליה משטה אני בכך, אף כאן נמי לימא ליה משטה אני בכך. הא לא דמי אלא לסיפא, ואם אמר לו טול דינר זה בשכרך והעבירני נותן לו שכרו משלם. מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא, אמר רמי בר חמא בצייד השולה דגים מן הים דא"ל אפסדתני כוורי בזוזא". ומבואר בגמ' דאם פסק שכרו יותר מן הראוי הרי זה פטור ליתן לו, משום דיש טענת השטאה שאומר לו משטה אני בכך.

ולפי מה שהתבאר לעיל שנחלקו הרמב"ן ותוס' ביסוד האיסור של נטילת שכר על השבת אבידה, דלפי הרמב"ן האיסור הוא מדין 'מה אני בחינם'. ולפי תוס' אין זה אסור בעצם, אלא שאמרה תורה שיחזיר בחינם, ולכן אסור לו להתנות את השבתו בשכר שיתנו לו על ההשבה. וא"כ אולי אפשר לומר שספק זה בהתייחסות לשכר על הטרחה תלוי במח' זו של הרא"ש והרמב"ן, שלפי הרמב"ן שיש איסור בעצם על נטילת שכר על השבת אבידה א"כ מסתבר שבשומת פועל בטל אסור ליטול שכר על הטרחה וכצד הראשון הנ"ל, שאפי' שאם הוא צריך לטרוח על ההשבה הוא כבר רוצה לחזור

לו מלאכה דמדרך בני אדם לשכור עליו פועלים וליתן לו שכר". והיינו דהאיסור ליטול שכר מצוה הוא לא על הטרחה שטרח בשבילו, אלא המצוה שהוא עושה.

וכבר מבואר בהרמב"ן הנ"ל בתורת האדם דין זה, דכל האיסור של נטילת שכר על מצוה הוא לא על הטרחה עצמה שטרח בשביל חברו, אלא האיסור הוא רק על החלק שלוקח מחברו חוץ מהטרחה על המצוה. והיינו על החכמה והלימוד הצריך למעשה זו שעושה לו, וכגון ברופא שיכול ליקח רק על שכר הטרחה ממש ואינו יכול ליקח שכר על החכמה והלימוד.

ובעצם מקור ענין זה מתבאר בסוגיא בקידושין (דף מ"ג:) דאמרין שם בגמ' לגבי שכר מצוה, "ורמינהו הנוטל שכר לדון דיניו בטלים, להעיד עדותו בטלה, להזות ולקדש מימיו מי מערה ואפרו אפר מקלה. אמר אביי לא קשיא, כאן בשכר הבאה ומילוי כאן בשכר הזאה וקידוש". ומבואר בגמ' דיש היתר בשכר מצוה ליטול שכר הבאה ומילוי, ונחלקו שם הראשונים בביאור תירוץ הגמ', [ובתוס' ר"י הזקן שם מביא את ב' השיטות] מהלך רש"י הוא דעל שכר הטרחה שטרח בשעת המצוה מותר לו ליטול שכר, וכל האיסור הוא רק על החכמה והלימוד שהשקיע במעשה המצוה. אבל תוס' ר"י הזקן מביא מהלך אחר, דהחילוק הוא בין הבאה ומילוי לבין הזאה וקידוש, דעל הבאה ומילוי מותר ליטול שכר משום

והנה לכאורה יש להקשות טובא על סוגיא זו, דהיאך אפשר לו למברית ליטול שכר על ההעברה, והא הרי מחויב הוא לעשותו מדין הצלת נפשות וא"כ היאך מותר לו ליטול שכר, והא אסור ליטול שכר על המצוות, ובאמת יש לדון בסוגיא זו ב' עניינים, קודם כל יש לדון על זה דאיתא במשנה שהוא נוטל את שכרו, קשה דזה הוי שכר מצוה. ועוד יש לדון היאך הוא יכול ליטול שכר יותר משכרו, דבגמ' משמע דבעצם הוא יכול שפיר ליטול כמה שהוא פסק, אלא שמשמעם אחר הוא פטור שיכול לומר לו משטה אני כך, ומשמע מזה דלולא טענת השטאה היה יכול שפיר ליטול כל מה שפסק.

ועל חלק השכר כבר עמד הסמ"ע כאן (ס"ק י"ט) ומתריך ב' תירוצים: חדא, דאיירי שם שהוא מתבטל ממלאכתו ולכן מותר לו ליקח שכר, דהרי הוא כבר אינו מחויב במצוה מדין אפס כי לא יהיה בך אביון, והוי כמו ההיתר שיש במציל חמור חברו וכפי שכר התבאר דבר זה לעיל.

ועוד מתריך הסמ"ע יסוד גדול, דכיון דזהו אומנתו להעביר אנשים את הנהר, יכול ליטול עליו שכר. ובאמת דבדברי הפרישה לקמן רס"ו (ס"ג) משמע יסוד זה בסגנון אחר וז"ל, "ונראה פשוט דבעל הקרקע צריך לשלם לו דמי הגדר ושכר פעולתו, וכמ"ש לעיל (בס"ו רס"ד) דצריך ליתן שכר הראוי לבעל הקנקנים ולמעבירו בנהר, כיון דעשה

דהוי רק הכשר מצוה, משא"כ הזאה וקידוש
הוי המצוה ממש ועליו יש איסור ליטול
שכר.

ובבאר הגולה (אות פ) נתקשה בדבר זה
דהיאך יכול ליטול יותר מכדי שכרו,
ומכוח זה הוא מוקים דהמחבר קאי לפי
שיטת החולקים על רבי ישמעאל ולא ס"ל
מתקנת יהושע, ולכן כיון דאין לו חוב להציל
אין זה מצוה ומותר לו ליטל עליה שכר.⁵

ובכר הובא לעיל בעניין זה שהסמ"ע חולק
על הבאר הגולה בזה, וס"ל דבהפסד
ממון ודאי לכו"ע איכא חיוב מעיקר הדין
להציל ממון חברו. ועי' לעיל בסברות
הדברים.

וברמב"ן שם בסוף דבריו הרגיש בקושיא
זו, וז"ל שם: "ואע"פ שמצוה
עליו לרפאות, אף בורח נמי מצוה עליו
להציל, אלא כל מצות עשה דרמיא אכולי
עלמא אם נזדמנה לזה ולא רצה לקיימה אלא
בממון אין מוציאין מידו ואין מפקיעין ממנו
חיוב שלו". והיינו דאכן יש איסור בדבר זה,

וס"ל לרמב"ן כרש"י בביאור הגמ'
בקידושין, שרק על החכמה והלימוד
יש איסור ליטול שכר.

וכל זה הוא רק לגבי שיעור כדי שכרו, אבל
הרי מבואר שם בגמ' שבעצם (לולא
טענת השטאה) היה יכול ליטול יותר מכדי
שכרו. וקשה בזה מה ההיתר ליטול יותר
מכדי שכרו, והא הוי שכר מצוה, ובזה ליכא
היתר הנ"ל דהא כבר אין זה שכר חכמה
והלימוד, אלא הוא נוטל כל מה שהחליט
לפסוק.

וביותר קשה למעשה לפי שיטת הרא"ש
(המובא בשו"ע) שאם יש לו כבר
הפסד הרי הוא יכול לפסוק כמה שרוצה ואין
בזה משום טענת השטאה, קשה היאך מותר
לו ליטול יותר מכדי שכרו - והא איכא איסור
של נטילת שכר על השבת אבידה, דביותר

4 ולפי שיטת הסמ"ע שאפי' להרא"ש אין לו ליטול אם זה ברור שלא היה יכול להרוויח כך, אלא ההיתר
הוא שיכול ליטול אפי' שאין זה ברור שהיה מרוויח כך, ולפי"ז יש מקום לומר שאין בזה איסור של נטילת
שכר על השבת אבידה, משום שסו"ס יש מקום לומר שיש לו הפסד. אבל לשיטת הקצות דס"ל שיכול
ליטול כמה שהוא רוצה אפי' דהוי הרבה יותר מכדי שכרו, לפי"ז ודאי קשה דהא איכא איסור של נטילת
שכר על השבת אבידה.

5 והנה הנתיבות (רס"ד סק"ח) מביא מה שנחלקו הראשונים האם יש טענת משטה בדבר רשות שאינו מצוה,
דהמרדכי סובר דאף בדבר רשות יש טענת משטה, אבל הרשב"א חולק שאין טענת השטאה אלא בדבר
מצוה. וא"כ יוצא שתירוצו זה של הבאר הגולה הוא רק לפי שיטת הרא"ש, דהרי הבאר הגולה רוצה לומר
שאנו מחויב להצילו ולכן יכול ליטול יותר מכדי שכרו, ושם בגמ' מבואר שיש טענת השטאה, ולפי
הרשב"א הרי בדבר שאינו מצוה ליכא טענת השטאה.

אלא דמ"מ אם פסק יש עליו חיוב מדיני חו"מ ליתן לו את שכרו.⁶

והנה כל זה נראה שהוא רק הרמב"ן לשיטתו, אבל לפי תוס' והרא"ש אולי יש מקום לתרץ באופן אחר, דדוקא לפי הרמב"ן דמקור האיסור הוא מקרא דמה אני בחינם הרי פשוט שאסור ליטול שכר על השבת אבידה אפי' מרצון הבעלים, דהרי איסור הוא שאסור ליטול שכר על מעשה מצוה, אבל לפי מה שהתבאר בשיטת תוס' דליכא איסור בעצם בנטילת שכר על מעשה ההשבה אלא דין הוא שמחויב להשיב בחינם ואין בידו לתבוע שכר על ההשבה, וא"כ אפשר שפיר לומר שאם הבעלים מסכימים להתחייב שכר על ההשבה הרי זה בידם וליכא בזה שום איסור. ושם בסוגיא דמעבורת הרי מיירי באופן שהתנה מדעת הבעלים, ולכן ליכא שום איסור בזה.

ויש מקור לענין זה אם מותר ליטול שכר בהשבת אבידה כשהאובד רוצה ליתן, דמצינו בדברי הרא"ש באלו מציאות סי' ל' וז"ל: "ואם הלך וישב לו ואמר לו הואיל ועליך מצוה לפרוק פרוק, פטור מטעם פריקה וחייב משום צער בעלי חיים. ונפקא מינה שאם נותן לו שכר יכול לקבלו". עכ"ד. ומבואר בדברי הרא"ש שבאופן שהוא חייב

משום מצוה אינו יכול לקבל כלל שכר משום איסור נטילת שכר על המצוה. ומוכח מזה דס"ל להרא"ש שהאיסור נטילת שכר על המצוה הוא אפי' מדעת הנותן. [ויעוי' שם ברש"י ועוד ראשונים שמפרשים שם את דברי הגמ' באופן אחר] עכ"פ מדברי הרא"ש מוכח שיש איסור ליטול שכר אפי' מדעת הנותן.

ונמצא לכאורה מוכח מזה דלא ככל מה שהתבאר לעיל בשיטת הרא"ש. דהא אם נאמר בשיטת הרא"ש כדלעיל שהאיסור של נטילת שכר אינו נלמד מקרא דמה אני בחינם [כהרמב"ן], אלא הוי סברא שאינו יכול להתנות את ההשבה בשכר ומחויב לעשותו בחינם, א"כ מדוע כותב הרא"ש שיש איסור ליטול שכר אפי' מדעת המקבל.

ואולם נראה שאין זה סותר את כל הנ"ל. שאפשר לומר דאפי' אם כל האיסור של נטילת שכר בהשבת אבידה הוא רק מסברא שהתורה חייבתו לעשותו בע"כ ולכן אינו יכול להתנות את השבתו בשכר, מ"מ אפשר שחז"ל הבינו מזה בכוונת התורה שיש איסור ליטול שכר אפי' מדעת הנותן. והיינו שבכל דבר שחייבה התורה לקיים מצוה, הרי יש בזה גם איסור ליטול שכר על המצוה אפי' מדעת הנותן.

6 והנה בעצם דברי הרמב"ן יש דיוק גדול, שאומר "אלא כל מצות עשה דרמיא אכולי עלמא", ומשמע מזה דהא דאמרינן דחל הפסיקה ומחויב ליתן לו מה שפסק הוא רק באופן דהוי מצוה דרמיא אכו"ע, אבל אם זה מצוה דרמיא עליה ידידה בזה לא חל הפסיקה. והיינו משום דבדבר שיש חיוב לעשותו לא שייך בזה פסיקה, ועיי' במשכן שלום (להרה"ג ר' שלום סגל שליט"א) ח"ג סי' צ' שמאריך בעניין זה בטו"ד.

הרב שלמה זלמן הלוי סגל

הפטור בהחזיר את האבידה למקום שיראנה

לגבי גניבה, והא אנן קיי"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. ומחמת קושיא זו חולק על הש"ך, ומיישב דברי התוס' באופ"א יעוי"ש.

וליישב דברי הש"ך היה נראה לומר ובהקדם קושיא אחת, דלכאורה טעון ביאור דין זה שיכול להחזירה למקום שיראנה, היכי מצי למיעבד הכי, הרי סו"ס לא השיב האבידה לבעלים. ונראה לבאר הדבר, שמצוות השבת אבידה אין הכוונה להחזיר את האבידה ליד הבעלים, אלא לבטל ממנה מצב ה"איבוד". וא"כ, אם החזירה שחרית למקום שיראנה נמצא שנתבטל מן החפץ מצב האיבוד, וקיים השומר מצוותו. ולפי"ז נתיישבו דברי הש"ך על נכון, דכיון שהניחה במקום שיראנה נמצא שלגבי גניבה כבר מיחשבי כאינה אבודה, הואיל והבעלים מצויים כאן ויכולים לראותה.

אך עדיין יש לגמגם בזה, שנמצינו מחדשים שבאמת אין שום מצווה של השבת אבידה וכל המצוה היא רק לבטל ממנה מצב ה"איבוד", וחידוש גדול לומר כן. לכן נראה לבאר באופ"א, בהקדם חידוש דין דבעינן השבה דוקא לרשות בעלים, [ולא סגי למקום שיראנה אם מקום זה אינו רשות],

איתא בגמרא ב"ק (דף נז.) וכן נפסק להלכה בשו"ע סי' רס"ז ס"א, "החזיר את האבידה בשחרית למקום שהבעלים נכנסים ויוצאים שם בשחרית אינו חייב ליטפל בה, שהרי הבעלים רואים אותה, אף על פי שאינו מקום המשתמר. אבל בבעלי חיים לעולם חייב ליטפל בה עד שיכניסנה לרשות הבעלים המשתמרת" ע"כ. ומבואר בזה שאם השומר אבידה החזיר את האבידה בשחרית למקום שיראנה הבעלים שוב אינו חייב להיטפל בה, ואפי' אם אירע נזק לאבידה אין השומר מחויב יותר בשמירתה.

ויש לעיין בביאור דין זה, מדוע יכול להחזיר למקום שיראנה - הרי יש לו חיוב השבה לבעלים, וזה לא השיב אלא נתנו במקום שהבעלים יראנה שם, ולכאורה "מצוות השבה" אכתי לא קיים.

ונראה לבאר בהקדם דברי הש"ך, דהנה אהא דאיתא במחבר (שם) "אבל בבע"ח לעולם חייב ליטפל" וכו' כתב הש"ך בסק"א וז"ל: "עיין בתוס' דבגנבה פטור לרבא אפילו באנקטי ניגרי ברייתא" וכו' ע"כ. והקשה עליו הנתיב"מ (בסק"א) שתחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא, שהרי תחילתו בפשיעה ולגבי אבידה וסופו באונס

וכן הוא לשון הנתיחה"מ סק"א שכתב בתו"ד
דהחזירה "לבית בעלים". ובוזה יש לבאר
דחשיב השבה ליד בעלים ממש, וכמו
שמצינו שיכול להשיב לביתו משום
שהבעלים נכנסים ויוצאים שם והרי היא
משתמרת, וכלשון הסמ"ע סק"ב "הו"ל כאלו
מסר ליד בעליה"¹, והיינו שע"י שהכניסו
לרשות בעלים והבעלים יראנה שם הוי
השבה. ולפי"ז נמצא דהתנאי שצריך
שהבעלים יראוה אינו סיבה לדבר דמשו"ה
כבר אינה אבודה, אלא סימן, דהואיל וביתו
היא חשיבי השבה מעלייתה. וא"ש.

[ובעניין] זה ראיתי להעיר עוד על מה שכתב
הפתחי חושן פ"ז ה"ב בהערה על
הדין הנ"ל וז"ל, 'ומ"מ נראה שאם החזיר
למקום שדרכו לראותה ובמקרה לא עבר שם

באותו יום לא קיים המצוה וחייב באחריות,
שלא אמרו שיוצא בזה אלא לעניין שאינו
צריך למסור ליד בעלים ואינו צריך דעתו,
אבל המצוה והאחריות אינם נגמרים אלא
בראיית הבעלים' ע"כ.²

וקשה, דשם בגמרא בב"ק דנ"ז ע"א
(ששם מקור דין זה) מפורש דפטור
אם נגנבה או אבדה, דאיתא התם 'איתיביה
רב יוסף לרבה, החזירה למקום שיראנה
אינו חייב לטפל בה, נגנבה או אבדה חייב
באחריותה. מאי נגנבה או אבדה, לאו
נגנבה מביתו ואבדה מביתו. לא, ממקום
שהחזירה. והא קתני אינו חייב ליטפל בה'
וכו' ע"כ, חזינן להדיא דהחזירה למקום
שיראנה אינו חייב בגניבה ואבידה, וצ"ע
טובא.]

1 וכ"כ הכ"מ בסו"ד "דהשבה מעליא היא זו".

2 ומש"כ הרא"ה בב"ק שם בשיטמ"ק וז"ל, "מסתברא דאורחא דמילתא נקט במאי דקאמר החזירה
שחרית, דהתם אורחא דמילתא דעייל ונפיק, אבל ודאי מסתבר דלא מפטר מוצא אבדה עד דחזי ליה
לבעלים דעייל ונפיק" וכו', פשוט שאין כוונתו שאינו נפטר מהחזירה למקום שיראנה עד שיראנה הבעלים,
אלא כוונתו שאינו נפטר עד שיראה השומר שהבעלים עייל ונפיק כמבואר למעין.

הרב דוד דוב לעדערייך

דיני השבת אבידה בזמן הזה

בזמן הזה נשתנו כמה עניינים הנוגעים להלכות השבת אבידה, ובעיקר משום דבזמן חז"ל חפציו של אדם היו מעטים מאד אשר נער יספרם והיו חביבין עליו ביותר, הן מצד היותם מועטין והן מצד עמלו שעמל בהן בעבודה קשה המפרכת את הגוף. ע"כ ברצוני להעיר בכמה עניינים בהלכות אלו שיש לדון עליהם בזמן הזה, ומובן מאליו שאין בזה לא להלכה ולא למעשה, אלא לעורר לבב חוקקי ישראל, ויושבי על מדין המה ישפטו.

יש להסתפק כיום בהשבת אבידה כדלהלן: (א) מה הדין בדבר שיש בו סימן שכמעט ואין צד בעולם שבסופו של דבר יגיע ליד הבעלים. (ב) דבר שאין בו סימן שא"א שיבא ליד בעלים אי הוה זוטו של ים. (ג) חיוב שמירה בדבר שנתאשו בעליו הימנו. (ד) היתר למכור, ובפרט בדברים שהיה לוקח כסף לשומרם. (ה) הנחה על מדף בביהכ"נ וליד מקוה. (ו) איך להכריז בזמן הזה. (ז) בהיתר דאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה בזמן הזה.



ענף א'

יאוש

[ב] בעיקר דין יאוש נחלקו אב"י ורבא, אי מהני אפי' שלא מדעת. והא לך לשון הגמ' ב"מ (דף כא:): "אתמר יאוש שלא מדעת. אב"י אמר לא הוי יאוש, ורבא אמר הוי יאוש. בדבר שיש בו סימן כולי עלמא לא פליגי דלא הוי יאוש. ואף על גב דשמעיניה דמיאש לסוף, לא הוי יאוש, דכי אתא לידיה, באיסורא הוא דאתא לידיה. דלכי ידע דנפל מיניה לא מיאש, מימר אמר

בענין יאוש וזוטו של ים

[א] יש לעיין בדבר שיש בו סימן שכמעט וא"א שתגיע לידו, וכגון דברים קטנים שכל אדם מלאכתו מרובה ממנו או שלא ידע כלל היכן נפלו [באופן דאין הכרזה כי אם במקום המציאה, ועיין לקמן בענין הכרזה] וכדומה, אי הוה כדבר שאין בו סימן וכן בדבר שאין בו סימן או אפי' יש בו סימן, וא"א כלל שתגיע לידו כגון שירד מרכבת ושכח חפצו עליו וכדומה, אי הוה זוטו של ים.

וקרוב לודאי דיתאש לכשיודע לו דרובא מיאשי ואפי' אי נימא דעומד וצווה¹דאינו מיאש [באופן דלא חיישנן דמשקר] מהני, אבל כל זמן דאינו צווה ס"ל לרבא דהוי יאוש כיון דהוא אבוד ואינו עוד בדעתו לעולם, ואביי ס"ל דלא מהני הא דידעינן דיתאש ובעינן דבפועל יתאש דעתו ממנו.

ש"י הראב"ד

ג] וכדרך הזה מבואר בראב"ד בשטמ"ק (שם) וז"ל: "פלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת קשיא לי דשייכא ליה ברירה ואין ברירה ולפליגי בעלמא אלא שיש למבין להפליגו מעניין ברירה. איכא למידק דאכתי איצטרכינן למימר איגלאי מילתא דמעיקרא הוה ניחא ליה ביפות. ולא היא דגלויי מילתא הוא דהאי גברא עין יפה הוא וביפות הוא תורם". ע"כ, והיינו דפליגי בכל דבר נחותא [כדמבואר בגמ' דמדמי ליה להכשר זרעים

סימנא אית לי בגויה, יהבנא סימנא, ושקילנא ליה. בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר, אף על גב דאית ביה סימן רחמנא שרייה, כדבעינן למימר לקמן. כי פליגי בדבר שאין בו סימן. אביי אמר לא הוי יאוש, דהא לא ידע דנפל מיניה. רבא אמר הוי יאוש, דלכי ידע דנפל מיניה מיאש. מימר אמר סימנא לית לי בגויה, מהשתא הוא דמיאש" ע"כ.

והיה נראה בביאור פלוגתתם בדבר שנאבדה אינו ברשותו כל כך, וגזה"כ הוא דכשחושב בדעתו שלא יגיע איליו עוד, דיוצא מרשותו לגמרי. והטעם בזה, דהא דהוה ברשותו במקצת היינו משום דבדעתו היה שלו, וכשנתיאש אינו אפילו בדעתו. וביאור דברי הגמ' כך הוא דבזוטו של ים הוא אבוד ממנו כל כך, דלא בעינן כלל היאוש שלו, ויצא מרשותו לגמרי, ובדבר שיש בו סימן ודאי דבעינן יאוש ממש, כי פליגי בדבר שאין בו סימן דראוי ליאוש

1 בעניין עומד וצווה, כתב הרא"ש אלו מציאות סימן ו' וז"ל: "האי מתייאשין אסרטיא ופלטאי ורבים מצויין שם קאי, אבל אינך [מציל מן ארי ומזוטו של ים וכדומה] אפי' עומד וצווה נעשה כצווה על ביתו שנפל" ע"כ. ומבואר דמהני עומד וצווה באין בו סימן, ואינו מיאש, אמנם בשוקא דגלדאי (דף כד:) מבואר בגמ' דלא מהני ברבים מצוין שם והוא בדרגת אין בו סימן [וז"ל הגמ' "רבא הוה שקיל ואזיל בתריה דרב נחמן בשוקא דגלדאי ואמרי לה בשוקא דרבנן, אמר ליה מצא כאן ארנקי מהו, אמר ליה הרי אלו שלו, בא ישראל וכו' והלא עומד וצווה נעשה כצווה על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה ביס"], והביאו הרא"ש ס"ז. ועי' בשו"ת צמח צדק (הקדמן סי' פ"ט) ובדברי משפט (סי' רנ"ט סק"ד) ובתרומת הכרי (סי' רנ"ט ס"ק א') [ועיי' עוד בנתי"מ (ס"ו רנ"ט) דמשמע דמהני עומד וצווה והביא דברי הרא"ש, אמנם בהמשך דבריו כתב מטעם דאיכא עדים דטביעת עין קודם שהגיע לידי אחר, וכמו בההיא ארבא וצ"ע לישב דבריו] ובעצם דברי הרא"ש י"ל, דהרמ"א (סימן ר"ס ס"ז) כתב דבזוטו של ים נמי איכא לפני משורת הדין, ובדרכי משה (שם) משמע דלמד כן מדברי המרדכי בעניין כייפינן אלפנים משורת הדין בזוטו ש"י, והמרדכי כתב כן על סתירת הגמ' בין שוקא דבי דיסא לשוקא דרבנן (שם) ולכא' תרומתהו לא הוי זוטו של ים, אלא דבר שאין בו סימן גרידא, וצ"ל דהרמ"א ס"ל דע"כ זוטו של ים היא, מדלא מהני עומד וצווה, דרק בזוטו של ים לא מהני עומד וצווה, וכמש"נ בדעת הרא"ש ואכתי צע"ק דהרא"ש בסימן ו' איירי ברבים מצויין שם וצריך לחלק ברבים מצויין וע"ע בר"ח שם שכתב להדיא דשוקא דגלדאי הוה זוטו של ים וכש"נ וצ"ע בכ"ז.

וכדומה] אי מהני סתמא כשברור שישאר בדעתו כך, וקושתו היתה דהוא מדין ברירה, וכתב דיש למבין להפליגו, ומשום דהוה יאוש מעיקרו. ושוב כתב דאגלאי דהאי גברא מיאש הוא, וכיון שכן הרי הוא מיואש ועומד דאינו ברשותו ואינו בדעתו, דאי לא הוה מיאש הרי לא יצא מדעתו אלא דלא חשב עליו אז.

שי' הריטב"א

[ד] אמנם בריטב"א (שם) כתב וז"ל: "ורבא אמר הוי יאוש דכיון דלכי ידע לא סגי דלא מייאש. פי' ואפילו לא נתיאש לבסוף כלל דכיון דלית בה סימן כאבודה ממנו ומכל אדם דמי" עכ"ד. משמע מדבריו דנחלקו בהא גופא, אי דבר שאין בו סימן הוה כזוטו של ים, דאבוד כל כך דאין צריך יאושו להוציאו מרשותו, וצ"ע דבגמ' מדמי ל' להכשר זרעים וצ"ל לדעת הריטב"א, דבעינן שיתיאש ממש ועל ידי כך יוצא מרשותו בדבר הנאבד, והיינו ע"י הניחותא שלא יגיע אליו עוד יוצא מרשותו כהפקר [אין הכונה הפקר ממש אלא כמו דהפקר יוצא מרשותו ע"י דמפקיר כמו כן אבידה ע"י דמיאש, וכן אפשר לומר לרש"י שכתב בכ"מ דיאוש מדין הפקר וע' ריש אלו מציאות]. ונחלקו אביי

ורבא אי סתמא דדבר שאין בו סימן הוא די ניחותא, דרבא ס"ל דכיון דמשום ניחותא הוא ואינו חלות שפועל מקרי יאוש כיון דודאי עומד לכך ואינו מחוסר מעשה הוה שפיר מצב של יאוש ואביי פליג אהא. ובזוטו של ים דדי היינו משום דברירא מלתא כל כך, הוה מצב מיד, וודאי כו"ע מודו דאפי' עומד וצוות הוא אבוד לגמרי כזוטו של ים, אלא דאביי ס"ל דמ"מ הסתמא לא אלימא כל כך, או ד"ל דנחלקו בביאור גזיה"כ דזוטו של ים וק"ל. [ואפי' בהכשר זרעים פליגי בהאי ניחותא ולפי"ז אתי שפיר גם למילף יאוש מקרא דזוטו של ים וכש"נ. ועי' רש"י ב"ק (דף סו. ד"ה מוצא אבידה) ולקמן בעניין זוטו של ים].

ולפי"ז י"ל בביאור דברי התוס' בב"ק (דף סו. ד"ה כיון דבאיסורא אתי לידיה), שכתבו וז"ל: "מכאן משמע שיאוש אין כהפקר גמור דא"כ אפי' בתר דאתא לידיה באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר" ע"כ. דאי הו"א דיאוש הוא הפקר גמור דבהפקירא ניח"ל הו"ל להוציא מרשות המוציא, אבל כיון דאינו הפקר אלא דדבר אבוד יוצא מרשותו ע"י ניחותא וכש"נ, הרי כיון דאית ליה חיוב השבה מצד המוצא אינו אבוד,² וזהו ביאור הא דיאוש בטעות לא מהני דאינו

2 במושכל ראשון היה נראה דחידושו של הנתיב"מ דע"י יאוש לא יצא מרשותו עד דאתי לרשות זוכה [וכ"מ בשאר אחרונים] אינו מספיק, דהו"ל לחול בכל עניין לעניין היתר זכיה, דהא חיוב שמירה מעכב היאוש מלחול, וחיוב השבה אינו מניחו לזכות בו, ואפי' אי הוה הפקר גמור, והנתיב"מ (סימן רס"ב סק"ג) כתב דאי יצא מרשותו אינו יכול לתבוע אע"ג דהלה אינו יכול לזכות בו, והיינו דבחיוב השבה חל היאוש, ורק דיכול לעכבו מלזכות בו מתביעתו עליו לקיים השבה.

זוטו של ים

ה] ולפי המתבאר יש לעיין בדין זוטו של ים, דהנה בעיקר דין זוטו של ים נחלקו הראשונים רש"י ב"ק (דף ס"ו. ד"ה מוצא אבידה) והרמב"ם (הובא להלן, וכן בפ"א ה"י) ס"ל דהוא מדין יאוש, [וכ"ה בירושלמי באלו מציאות], ואילו הרשב"א ושאר ס"ל דהוא מדין הפקר דרחמנא אפקרי⁵, ולשיטת הראשונים שהוא מדין יאוש, היינו לכאור' דהוא אבוד כ"כ דלא בעינן לניחותא ידידה, וממילא יוצא מרשותו, דאין נראה דהטעם הוא משום דודאי איאש, דא"כ אמאי לא הוה ישל"מ.

אבוד ממנו כל כך שיצא מרשותו ע"י יאוש, ולא דטעה בחלות שעשה, שהרי אינו עושה חלות מדעתו, אלא ע"י נחותא דיליה. וזהו ביאור דברי תוס' ורמב"ן שנחלקו בהא דבאיסורא אתי לידיה, דלרמב"ן (במלחמות י"ד: מדפי הרי"ף) הוא משום שומר, דכיון דהוא שומר עליו אינו אבוד מהבעלים, אע"ג דאינו רוצה להשיב מ"מ על פי תורה שומר הוא ואינו אבוד³, וכן לתוס' (ב"ק ס"ו. ד"ה ה"נ כיון דמיאש) חיובו בהשבה מעכבו מלהיות אבוד⁴. וממילא מובן סוגיא דתאנה (דף כא:): דמהני יאוש אפי' לפני שנאבד דאינו אלא נחותא שיהיה כך.

3 ובקצוה"ח ובנתה"מ נחלקו בזה (בריש ס' רנ"ט) אמאי לא מהני יאוש ברשות, דהקצה"ח ס"ל כיון דהדר זכי ליה רשותיה, על כן א"א שתחול כלל, [ומה שהקשה שם מתאנה צ"ע דהא היאוש חל לבתר דנפיק מרשותי, ואי באמת היאוש חל קודם הו"ל ישל"מ, עוד צ"ע מה שהקשה מעבד, דהא עי"כ יוצא מרשותו וצ"ע. ולכאורה צ"ל דס"ד דיאוש היינו שהסכימה דעתו להמציאות דאינו ברשותו ואינו יאוש כלל כ"ז דברשותו], והיינו דאפי' ברשותו שפיר מקרי אבוד אלא דבזכי ל' א"א שתחול כלל, והוא ההיפך ממ"ש הרמב"ם (פ"טז ה"ח) גבי כותל ישן דבזוטו של ים א"א לחצירו ליזכי ל' והחילוק פשוט, אמנם בנתה"מ כתב דכל שאינו משתמר לו הרי הוא אבוד אפי' ברשותו וכש"נ.

4 ולפי"ז לתוס' לא תחול היאוש כלל, אמנם י"ל בדעת התוס' בפשיטות דהיאוש אינו פוטרנו מחיוב השבה דחל עלי' כבר, ותחול היאוש לגמרי חוץ מן חיוב השבה שבו, אבל בתוס' אלו מציאות (דף כו:): בעניין נטלה על מנת להשיבה ולאחר יאוש נתכוון לגזולה, כתבו וז"ל: "וא"ת ואמאי ליכא לאו דלא תגזול אי משום דבהתירא אתא לידיה הלא בכובש שכר שכיר איכא לאו כדאמר בפרק איזהו נשך וי"ל דהתם כשמתכוין לגזול לא נתיאשו הבעלים והכא כבר נתיאשו" ע"כ. וצ"ע מאי קושייתם, הא כיון דחל היאוש לכל דבר חוץ מן השבה, אמאי יעבור משום לא תגזול. ולדברינו נחא דהיאוש לא חל לגמרי כיון דאינו אבוד. ותי' התוס' דמ"מ חל היאוש, דחיוב שמירה והשבה אינו אלא לגבי המוצא, דלגבי ידי' לא הוה אבוד משום חיוב שמירתו והשבתו, אבל בעצם הוא אבוד מבעליו וחל לשאר דברים, [וכצ"ל להרמב"ן דכן מבואר בגמ', דאמאי איכא רק השב תשיבם, וכק' התוס'].
5 והריטב"א (דף כא) כתב "דרחמנא אפקרי" ואין לומר דכונתו כהרשב"א, שהרי דימה ישל"מ לזוטו של ים וכנ"ל, ובדף כ"ד הביא דברי הירושלמי הנ"ל וכתב דאי צווח שקורי קא משקר ובטלה דעתו. ומוכח דכונתו דבעומד וצווח, פשיטא דבאמת מיאש. ובלא ידע, ודאי כמ"ש לעיל דבעינן יאוש ממש, ולדעת רבא מהני אפי' אין בו סימן גרידא דניחותא מהני שלא מדעת וגלי לן קרא דיאוש מהני ולאביי י"ל דקמ"ל דבאבוד כ"כ מהני אפי' בלא נחותא בהדיא וילפינן דניחותא להדיא מהני ואפ"ל דכשמיאש פשיטא דהוא זוטו של ים ועדצ"ע בזה

אבודה ממנו ומכל אדם

ו] ובהא דבעינן אבודה ממנו ומכל אדם, יש לעיין אי בעינן דוקא אבודה מכל אדם, ובא ליד המוצא בדרך נס, או דגדר הדברים הוא, דאבודה ממנו באופן דאבודה אצל כל אדם, והיינו דכל אבידה אבודה רק ממנו, שאינו יודע היכן הוא, אבל אם הוא אבודה ממנו באופן דגם מכל אדם היה אבוד, [וכגון באופן דכשיודע לו מצב החפץ עדיין יתיאש], הוה זוטו של ים. והנה אי נימא דזוטו של ים מטעם יאוש, ודאי דאפי' אבודה ממנו בלבד, באופן שהיא אבודה מכל אדם, הוה יאוש, דאבודה כ"כ, ואין סברא דנצריך אבודה מכל אדם ממש. אבל לשי' הרשב"א וסיעתיה יש לעיין מהו גדר הפקר התורה, אי הוא דוקא אבודה מכל אדם ממש או דאבודה ממנו בעניין זה וכנ"ל.

והנה בתוס' (דף כב.) כתבו וז"ל: "בשטף נהר קוריו וכו', דבאינו יכול להציל, הו"ל זוטו של ים" ע"ש. ומבואר דאע"ג דמצויה אצל כל אדם, שהרי הנהר יוליכם לשדה חבירו, מקרי שפיר זוטו של ים. וכ"כ הב"י (סוף סימן רס"ב) בשם הנימוק"י דרבים מצוין שם לר' שמעון ב"א, הוה זוטו של ים. וודאי דברבים מצוין שם מצויה היא אצל כל אדם, אלא דכל אדם שנפרד מחפצו במקום רבים היא אבודה ממנו.⁷ וכן משמע קצת בשטמ"ק בשם שיטה (דף כא:)

ובשיטת הרשב"א אין הכרע לגבי יאוש די"ל דאפי' באבוד כל כך בעינן נחותא דידי' שתצא מרשותו.⁶

והנה הרמב"ם (פ"ו מגו"א ה"א) כתב, "קורות ואבנים ועצים וכיוצא בהן ששטפם הנהר, אם נתיאשו הבעלים מהן הרי אלו מותרין, והן של מצילן, ואם אינו יודע אם נתיאשו או לא נתיאשו, חייב להחזיר". ושם בהלכה ב' הוסיף "לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר ומן הגייס ומן הדליקה ומן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס, אם ידע בודאי שנתיאשו הבעלים הרי אלו שלו ואם לא ידע יחזיר". והשיג עליו הראב"ד וז"ל: "א"א אלו דברי תימה הם" עכ"ל. וכן הקשה המאירי, וכתב המ"מ (ה"א) וז"ל: "ואפשר שהרב סובר דבכל כי האי גוונא היינו נתיאשו וכ"כ למטה פי"א בזו דזוטו של ים שזה ודאי נתיאשו ממנה". וצ"ע בכונתו, ואין נראה דכוונתו כיון דאית לי' קול, דא"כ לא שאני מאין בו סימן, ועוד דהו"ל להדיא דכל כה"ג אית בי' קול, וביותר דהרמב"ם כתב אם לא ידע יחזיר וצ"ע. ולכאורה צ"ל דכוונתו כש"נ, דכשיוצא מרשותו כל כך, אין לך יאוש גדול מזה, ומ"ש ואם לא ידע היינו דלא ידעינן אי יצא כ"כ והוי יאוש, ולהכי דייק בל' אם ידע בודאי שנתיאשו, ולא דידע, אלא ידע בודאי, וצ"ע בזה.

6 ובעצם שי' הרשב"א יש להעיר דהר"ן הביא בשם הרשב"א דבטלה דעתו אצל כל אדם. ואי נימא דהוא הפקר התורה, א"כ בטילת דעת כלל וצ"ע.

7 ולכאור' כן מבואר בר"ן הובא בב"י או"ח (סימן של"ד) שכתב, בעניין מציל מדליקא בשבת, שכבר הציל

שכתב "זוטו של ים" ושלוליתו של נהר. משמע כשאנו יכול להציל אפילו על ידי הדחק וזו היא הנקראת אבודה ממנו ומכל אדם" ע"ש. אמנם הר"ן והרשב"א (שם) וכן הראב"ד בש"מ (שם) כתבו על דברי התוס' הנ"ל, דלא הוי זוטו של ים, דימצאנו אחר. ומשמע להדיא דבעינן אבודה מכל אדם ממש.⁸ ומ"ש הריטב"א (דף כב.) וז"ל: "ואף על פי שאין יכולין להציל כי דרך הנהר שיחזירנו לפעמים בשדה של אחרים, ואולי יזכו בהם הם קודם לכל אדם או שיביאו עדים שהוא שלהם" ע"כ. לכאורה כונתו דלא הוה אבוד כל כך מהאי טעמא,

שהרי הוסיף שהוא יכול להגיע אליו. או י"ל דמה שכתב כי דרך הנהר וכו' הוא מקושייתו ואינו תירוץ, והתירוץ מתחיל מ"ואולי וכו'", וצ"ל אולי בלי ו', דהא הריטב"א ס"ל מטעם יאוש וכש"נ (הערה 5) [וממנ"פ לשונו דחוק, ד"כ וכו' נמי לא משמע תירוץ].⁹

אי חייב להגביה

[ז] עוד יש לעיין להמתבאר, בזה שכתב רעק"א (הובא בליקוטים דף כ"א ע"ב) בדבר שאי"ב סימן, אע"ג דהוי ישר"מ, אין צריך

בעה"ב מה שמותר לו, דהוי זוטו של ים, והוי הפקר לכל, והביא (הב"י שם) מהר"י אבוהב דס"ל דאינו זוטו של ים, דיכול להציל, אלא דאריה הוא דרביע עליה, דאינו יכול להציל עוד משום איסור. וב"י ס"ל כהר"ן דכיון דאינו יכול להציל בכל עניין, הוה זוטו של ים, והיינו דכיון דכל אחד במצב זה, אינו יכול להציל משום איסור שבת, ומהר"א ס"ל דלא הוי אבוד כלל, כיון דרק אריה הוא דרביע עלי', ועכ"פ ודאי לכו"ע הוה זוטו של ים אע"ג דבפועל מצויה הוא אצל כל אדם. [והא דלא הוי יאוש, צ"ל דחזור בו מהיאוש כשהלה נכנס].

8 ובדעת הראב"ד צ"ע שכתב בתמרי דזיקא (דף כב:) שהוא זוטו של ים, כיון דשקצים אוכלים אותם ואין דעת בנ"א עליהם, והרי כל אחד יכול למצאנו קודם שיאכלהו שקצים וצ"ע. [ואפשר דכוונתו כדעת הריטב"א וכש"נ וצ"ע]

9 הנתה"מ בסו"ס רנ"ט הק' על הסמ"ע בשטף נהר קוריו, דאי אינו יכול להציל, הוה זוטו של ים, וא"כ אפי' יש בו סימן נמי. וכפשוטו י"ל דהוא בדרגת אין בו סימן, דהיינו אינו יכול להציל בקל ולא דאינו יכול להציל כלל, אמנם אפ"ל דכיון דיש בו סימן לא הוה זוטו של ים, דהא מגיע ליד אחרים, ויחזרו לו וכש"נ. ועכ"פ מדברי הנתה"מ מ' דבעינן מכל אדם ממש, דאל"ה אין קושיא לשיטת הסמ"ע, אמנם הנתה"מ (סימן שס"א סק"ב) כתב דשיירא שעמד עלי' גייסות, כיון דנתיאשו הבעלים קודם שבאו הגייסות, חל היאוש, ולא הוי איסורא את"ל כשמציל, ולכאור' להוי זוטו של ים ויהני אפי' לאחמ"כ, וכן תוך הדברים כתב שם דכמציל מארי וכו' [וצ"ל דמוכח דמקרי אבידה וצ"ע]. וכ"כ להדיא סימן קפ"א (סק"א) דהוי זוטו של ים וצ"ע. [והחזו"א (ב"ק סימן י"ח סק"ג) חולק עליו לעניין יאוש אי יצא מרשות האובד, מגמ' שהביא הנתה"מ (בכ"ק ט"ו)] דראה אנס שבא אינו יכול לחלל מע"ש, דיצא מרשותו. וכתב דע"כ אינו זוטו של ים, דהא הגנב נתחייב, ומצויה היא אצל כל אדם. ולכאורה פליגי בהנ"ל אמנם צ"ע דהא אבוד ממנו ומכל אדם, רק דלהגייסות דהם עצמם הזוטו של ים מצוין, והרי הם עצמם האבידה [אטו נימא דמי שאוכל דבר לא הוי זוטו של ים, דאינה אבודה [להאכל] ואפשר דכונת החזו"א היא, דאם האבידה נעשה ע"י אדם, לא מקרי אבוד כל כך, כיון שהוא אנוש כערכו ויכול לאבדה וכדומה, וזהו דאמרינן אבודה ממנו ומכל אדם, וכן משמע קצת בלשונו. ויש לעיין באופן דאבודה בטבע העולם, ואנשים יכולים להציל. [ולפ"ז

ז"ל דהא דאמרין כו' ואיפסקא הלכתא כאב"י (כב:) דאמר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום דהא לא ידע דנפל מיניה, היינו לומר דאסור לו ליטלם אבל אם עבר ונטלם, זכה בהם משום דכיון שהם בידו ואינו יודע למי יחזירם, שהרי אין בהם סימן ולמקום שמצאם אין לו להחזירם, כמו שנתבאר, ממילא זכה בהם, דאין לנו לומר שיעמדו עד שיבוא אליהו אלא היכא דאיתמר הכי בהדיא" עכ"ל וצ"ע בכונתו.

והב"ח כתב וז"ל: "מובן דעת הרמב"ם דאיהו מפרש ואם נטל לא יחזיר כמשמעו, שאין צריך להחזירו, דשלו הוא, ואף על גב דבאיסורא אתא לידיה, מכל מקום כיון דאין ממון זה יש לו בעלים בודאי, אינו בדין שיהא מונח עד שיבא אליהו, דלא אמרו כך אלא היכא שיש לו בעלים ולא נודע מי הוא ודו"ק". והשיג עליו הש"ך (סקכ"ו), דהא אית ליה בעלים אלא דלא ידעין מי הוא. ולכאור' מבואר מדברי הב"ח, דבישל"מ יצא מרשותו במקצת, ע"כ אסור להגביהו, כיון דעדיין הוא ברשותו, וא"א להחזירו, אבל אם הגביה אין ע"ז חיוב השבה, דאין כאן ממון בעלים לגמרי. [אלא א"כ נימא דכונת הב"ח היא לאחר יאוש, וא"כ ה"ה יש בו סימן, אלא דלא נראה כן מתוך דבריו]

להגביהו [ונסתפק שם אי נעשה שומר אם הגביה, ואי לא, נמצא דהא דלא הוי יאוש, הוא רק לעניין שלא יגביה לכתחלה] וכ"מ בדברי הריטב"א שכתב (בדף כא:) וז"ל: "אב"י אמר לא הוי יאוש. פירוש ואם נטלו קודם שידעו בו הבעלים לא זכה בו וכשיביאו הבעלים עדים חייב ליתנו להם ואף על פי שנתייאשו לבסוף" ע"ש. ובאמת יש לעיין בזה, אי כונתו משום דכיון דא"א שתגיע החפץ ליד בעליו, לא חיבתו תורה בהשבה כלל. או דכיון דהוא ישל"מ ועומד להתיאש, אע"ג דאסור לקחתו, דעדיין לא יצא מרשותו, מ"מ יצא במקצת ועומד לצאת מרשותו, אין כאן חיוב השבה. והנפק"מ הוא דבר שיש בו סימן ועומד להתיאש וכש"נ. והחמד"ש (כו. ד"ה נסתפקתי) ג"כ נסתפק בזה, ומדבריו משמע טפי משום דא"א להגיע ליד בעלים, וכן נסתפק בזה התהילה לדוד (חור"מ הל' אבידה סי' קי"ז ד"ה ולכאור') ע"ש ועי' עוד פרישה (סו"ס ר"ס) דמשמע להדיא דצריך להגביה.

עבר ונטלו

ח [בדין יאוש שלא מדעת ס"ל להרמב"ם (פט"ו גו"א ה"ב), דאם עבר ונטלה זכה בו. וכ"פ המחבר (סימן ר"ס ס"ט וס"י). ונחלקו האחרונים בביאור דבריו, הב"י כתב וז"ל: "ואפשר לומר לדעת הרמב"ם

מ"ש הנתה"מ שם דיאש הבעלים מיד כשבאו הגייסות, ולא כתב משום זוטו של ים, אפשר דנסתפק בזה, אמנם מ"מ מוכח ממ"ש בסימן רנ"ט דבעינן אבוד מכל אדם ממש וכש"נ].

נשאר ברשותו, והלה יכול להשתמש בה וצ"ע בזה.

העולה מכל הנ"ל

א - דבר שיש בו סימן באופן שודאי יתייחס, כגון דבר קטן שאין שווה לו העמל והיגיעה [או שהעמל והיגיעה הם כ"כ שאינו שווה לו, וכגון אוכד באוטובוס שיש שם מחלקת אבידות] או שאינו יודע כלל היכן אבדו בזמן הזה [ויתברר בהכריוז באותו מקום כשלא יבא] וכדומה, הוה ישל"מ. ואי חייב להגביה, תלוי בביאור דברי רעק"א וכש"נ (או' ז') [אמנם י"ל דכיון דאינו מחפש גרע מאין בו סימן] ואי נעשה שומר כשהגביה, תלוי בהנ"ל ובספיקת רעק"א. ועכ"פ ליקח מטרייה ממחלקת אבידות באופן שכבר נתיאש הבעלים, שכבר ירד גשם, תלוי אי המוצא נעשה שומר [ועי' לק' בעניין הנחה במחלקת אבידות] ואפי' א"נ דהיאוש חל לגבי אחרים, הרי גורם לשומר שיתחייב לשלם, וצ"ע בזה. ואי נטלו, תלוי במחלוקת האחרונים בביאור דברי הרמב"ם דזכה בו וכנ"ל (או' ח').

ב - להמתבאר (או' א'-ד') דיאוש הוא ניחותא ואינו חלות שפועל בדעתו, י"ל דמי שהיה בכיסו מעות ואינו יודע כמה, כדרך רוב בנ"א היום, ונאבד ממנו קצת

ובדרישה ובסמ"ע סקמ"ב כתב וז"ל, "הנראה לענ"ד דס"ל כיון דבשעה שנטלו אדעתא להחזירו לבעליו, אלא שטעה בזה שלא ידע שלא יהיה בידו להחזירו כיון דאין בו סימן, ס"ל דבזה כו"ע מודים דיחזיקנו המוצאו לעצמו." וגם ע"ז הקשה הש"ך דמנ"ל דאיירי בע"מ להשיבה, ועוד דמ"מ באיסורא אתי לידה.¹⁰ [ובהגרעק"א כתב דלאחר יאוש ליכא כי אם השב תשיבם וכיון דלא ידעינן למאן דלהדר גם זה ליכא והוי שלו ע"ש], והש"ך עצמו כתב, בזה"ל "ולפע"ד אין כאן שום השגה על הרמב"ם, אדרבה פשט לישנא דש"ס דלא יחזור משמע שהוא שלו, דאל"כ ה"ל לפרושי דיהא מונח עד שיבא אליהו, אף על גב דה"ל יאוש שלא מדעת, מ"מ א"צ להניחו עד שיבא אליהו, אלא כיון שא"י למי יחזור יכול לעשות בו מה שירצה, והא דקי"ל יאוש שלי"מ לא הוי יאוש וכדלקמן סימן רס"ב ס"ג, היינו דאם נתברר של מי הוא צריך להחזירו, ולא אמרינן כיון דנתייאש זכה זה בו, אבל כ"ז שלא נתברר של מי הוא, יוכל זה לעשות בו מה שירצה, ואפשר גם כוונת הב"י והכ"מ כן בישוב דעת הרמב"ם אלא דלשונו קצת מגומגם" עכ"ל, ואין נראה כוונתו דבעל האבידה מסכים לזה, ואפשר דס"ל דיצא מרשותו במקצת, אלא דאיכא עליו חיוב השבה וכמש"נ, על כן גוף החפץ

10 וצ"ע דלכא"ו עדיף ע"מ לגזולה. וכמ"ש הרמב"ן במלחמות דע"מ לגזולה, נעשה גנב ואינו שומר אבידה. וי"מ דהכא איכא איסורא אתא לידה דגזילה, דאסור לו להגביה, ולא תחול היאוש משום גזילה [ויש לעיין בזה דמ"מ אי"נ דהוה מעשה גזילה משו"ה דאסור להגביה, דהרי אבידה היא רק דאסור להגביה וצ"ע] וגורם היאוש בספק הינורח.

ג - דבר שא"א שימצאנו בשום אופן, וכגון שראה שנפל דבר מישראל ברכבת, והלה כבר ירד, וכהנה רבות בזמה"ז, תלוי במחלוקת ראשונים אי זוטו של ים היינו אבודה מכל אדם ממש ומצאו המוצא בדרך נס, או דאבודה ממנו בעניין דאבודה מכל אדם וכש"נ (או' ה'ר').

מעות, ולאחמ"כ הסתכל בכיסו וראה כמה כסף יש לו עתה, דהוה יאוש כיון שנתיאש ממילא משאר הכסף שאינו עתה בכיסו, או משום שלעולם לא היה לו, או שנאבדה, מ"מ הוא מיואש ועומד, וצ"ע בזה. ולא הוה יאוש בטעות, כיון שנתיאש מדבר הראוי ליאוש.¹¹

ענף ב'

בעניין חיוב שמירה והיתר מכירה

הישן, כיון דאין צריך לו עוד. [ובא' וג' יש לדון בהם משום הפקר]

וכן יש לעיין במניח על מרף או ע"ג לוח המודעות בביהכ"נ, אי יצא בזה. [ולכאור' אין לחוש לרמאי, כי הרמאים אינם זקוקים לעט משומש ומשקפיים בעל מספר מסוים, והראי' דנשארין שם לאורך ימים] ואי לא יצא בזה, יש לעיין אי חייב כל אחד לקחתו משם להחזירו, אם לא נשתהה שם כמה ימים דלא נתיאש עדיין בעליו.

חלות יאוש

[ב] ובהא דלא חל יאוש, מבואר בגמ' משום דבאיסורא אתא לידיה וכתב הרמב"ן (במלחמות י"ד: מדפי הרי"ף) הטעם דכיון

חיוב שמירה

[א] בדבר שיש בו סימן ואספו לתוך ביתו נעשה שומר, ונחלקו רבה ורב יוסף (כ"ט. וב"ק נ"ו:) אי הוה ש"ח או ש"ש. ולדינא נחלקו המחבר והרמ"א (בסימן רס"ז סט"ז), וקי"ל דהוא ספיקא דדינא, וכ"כ הסמ"ע והש"ך שם. ובאופן שנתיאש אח"כ לא מהני, דבאיסורא אתא לידיה. וגם יכול למכור באופנים שונים, כדאיתא בגמ', ויחזור דמיו. ויש לעיין בהאי דינא בזמן הזה.

יש בזה ג' סוגי אבידות דמיאש ממנו, א' דאינו חשוב לו כ"כ שיחפש יותר. ב' דבר שאינו חשוב שיגיע לידו, מאיזה טעם שיהיה. ג' דבר שצריך לו לחיי יום יום, ומחפש קצת, ומיד קונה חדש, ומתיאש מן

11 ושלל של אמוריים, שכתב הרא"ש (סימן ט') דכל ישראל נתיאשו, אינו ראי', דהתם ידעו שיש שלל שלא מצאו ולא ימצא בקרוב ונתיאשו, וכן ביוצא מן הדירה, שכתב הש"מ (כו: ד"ה אם ה' משכירו) דמתיאש ממה שנשאר שם, י"ל דמשאר בדעתו שאולי נשאר שם חפץ, משא"כ במי שקונה דבר בחנות גרידא.

ר"ט אומר ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו חייב באחריותן. ר"ע אומר לא ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו אין חייב באחריותן" ע"כ. והטעם בזה הוא פשוט, דכיון דאינו עושה, יאבד ממנו, והרי"ז השבת אבידה, למכור. ובגמ' "ולעולם אמר רב נחמן אמר שמואל עד שנים עשר חדש. תניא נמי הכי כל דבר שעושה ואוכל, כגון פרה וחמור, מטפל בהן עד שנים עשר חדש. מכאן ואילך, שם דמיהן ומניחן. עגלים וסייחין מטפל בהן שלשה חדשים, מכאן ואילך, שם דמיהן ומניחן. אווזין ותרנגולין מטפל בהם שלשים יום וכו'" ע"כ. והיינו דבכל דבר, משערים כמה רוצה להפסיד לכושרא דחיותא. ושיעור י"ב חודש בעושה ואוכל, צ"ל דלא הטריחוהו באבידה יותר מדי [אע"ג דמצד בעל האבידה יטפל בהן עד שיבוא]. וילפינן מראה היאך שתשבנו לו, שלא יאכיל עגל לעגלים¹². ולהשתמש בדמים נחלקו ר"ט ור"ע, ובגמ' כ"ט ע"ב אמרינן הטעם דישתמש, משום דטרח בהו.

היוצא מהנ"ל, דעבדינן כפי מה דניח"ל לבעל אבידה, וגם אין מטריחין את

דהוא שומר וידו כיד הבעלים לא חל יאוש כלל. וע' קצה"ח ונתה"מ ר"ס רנ"ט ובתוס' (ב"ק ס"ו. ד"ה ה"ג כיון דמיאש) כתבו הטעם משום חיוב השבה, לא מהני היאוש, והיינו דכיון דחל עליה חיוב השבה לגמרי,¹² אין בהיאוש כח, להפקיע חיוב ההשבה, ועמש"נ לעיל בדברי התוס' [אמנם ודאי המגביה נתחייב בשמירה כדאיתא בגמ', והא דלא כתבו התוס' כהרמב"ן לכאו' צ"ל אחד מב' דרכים או דיאוש מפקיע חיוב שמירה, אבל לא השבה. או דמהני יאוש אפי' ברשות שומר. והנפק"מ אי חייב בשמירה לאחר יאוש מדין שומר, הגם דמהני ברשות שומר בעצם מ"מ, לא חל בגלל חיוב השבה, או דאינו חייב רק להחזיר, דהפקיע חיוב השמירה] ועכ"פ חייב לשמור ולהחזיר.

מכירה

ג] ובדין מכירה איתא במתני' דף כח: "כל דבר שעושה ואוכל יעשה ויאכל, ודבר שאין עושה ואוכל ימכר. שנאמר והשבותו לו, ראה היאך תשיבנו לו. מה יהא בדמים,

12 דקודם שהגביה נתחייב לקיים מצות השבה אבל אינו חייב להשיב החפץ משו"ה אינו עובר אלא משום לא תוכל וע' ט"ז (ר"ס רנ"ט) בש' נימוק"

13 ובש"מ בשם רבינו יהונתן כתב "ואף על גב שגם הבעלים היו מוציאין הוצאות כאלו בהן דהא לאו בני מעבד מלאכה ניהו אפילו הכי חייבתו התורה שיחזור לו את כולן והאי לא אפשר אלא במכירה אחת מהן דכל דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום ולא רצה להחמיר על המוצאא שיאכילנה משלו דדי לו מה שטרח בהן בגופו אי נמי יש לומר שהבעלים לא היו מאכילין לעגלים שיש להן שדות וכרמים ומכניס אותם שם ורועים במרעה טוב אבל זה המוצא אין לו נחלת שדה וכרם ויצטרך לקנות הכל במעותיו ויחזור ויגבה מן הבעלים כלומר שיעכב אחד מן העגלים בשביל מה שהוציא עליהם לפיכך טוב הוא לבעלים שימכרם מיד" ע"ש. וב' הפי' צ"ע, דכיון דהבעלים רוצה טפי שימכור עגל לעגלים, אמאי נימא שלא ימכור, על אפו ועל חמתו. ובפ"ב צ"ע, דמאי אכפ"ל דלבעלים יש שדות, הרי אילו לא הי"ל, כמו שאין להמוצא, לא היה מאכיל עגל לעגלים. וצ"ע.

להקפיד אם יוצא באלו או באלו אם גם הם בחזקת כשרות" ע"כ. ובלא"ה מותר למכור כגון תפילין. וצ"ע באמת, מ"ט יכול למכור חפצי חברו, אע"ג דלא אכפ"ל, כיון דליכא טעמא דיפסיד הבעלים, וגם אין כאן טירחא יותר מדי. ולכאור' מבואר דכיון דאין נפקותא לבעלים, ניח"ל שימכור, ולא יטריח את עצמו כלל.

אמנם בש"ך (סקט"ז) כתב בדעת הרמב"ם וז"ל: "לפעד"נ דה"פ הואיל ואינה עשויה אלא למצותן בלבד, ולא לשום תשמיש אחר, א"כ ניחא ליה לאינש שימכור, ויעשו בהן מצוה, משא"כ בשאר דברים" ע"ש. והיינו כיון דאין לו נפקותא בזה [דהא בגמ' אמרינן הטעם הוא דתפילין בר בי חבו משכח שכיחא], וגם יעשו מצוה, ניח"ל בהא אבל בלא"ה, אינו יכול למכור חפצו של חברו, אבל לדינא צ"ע, דבכל הראשונים משמע דוקא משום דשכיחא ולא איכפ"ל, ולא משום דנעבד בהו מצוה וכש"נ.

שימוש בדמי תפילין

ה עוד יש לעיין בדין תפילין, דהא לא טרח בהו כלל, ואמאי ישתמש בדמים. והרא"ש (סט"ז) הק' לרש"י, איך אפ"ל בתפילין ד'מניחין' קאי על הדמים שלא ישתמש בהן, [ולא דמניח התפילין בראשו, דהא לרש"י אינו יכול לשום לעצמו] הא

המוצא יותר מדי, ע"כ יכול למכור באופנים דלעיל. והא דשם דמיהם כתב רש"י מוכרן, ומניח הדמים אצלו: והבינו הראשו' בדבריו, דבעינן ב"ד, מדקאמר שם, ע"כ היינו או דאין צריך מכירה ויכול לשום לעצמו, או דבעינן שומא בב"ד, ורש"י כתב מוכרן דהיינו לאחרים, וע"כ כנ"ל. ושאר כתבו דאין צריך ב"ד ונאמן דהוא כמשיב אבידה.¹⁴ ולהרמב"ם יעשה עיסקא, ולכאור' בזה"ז יכול לשער כמה ירויח בממוצע, וקי"ל דישתמש בדמים (כ"כ המחבר רס"ז סכ"ה).

מכירה בתפילין וכדומה

ד אמנם בתפילין, אמרינן בגמ' כ"ט: "אמר שמואל המוצא תפילין בשוק, שם דמיהן ומניחן לאלתר. מתיב רבינא: מצא ספרים וכו' אמר אביי: תפילין בי בר חבו משכח שכיחי, ספרים לא שכיחי". והיינו דגם במטלטלין שאינם בע"ח, איכא כושרא דחיותא דרוצה שלו טפי, והיינו דאדם רוצה שלו טפי, וכ"כ הסמ"ע רסז ס"ק ל' וז"ל: משמע מלשון זה [מל' הרמב"ם (פי"ג מגו"א הי"ד) לעניין מוצא תפילין, דלאחר שכתב שדבר מצוי הוא ביד הכל, סיים ואינן עשוין אלא למצותן בלבד] דבשאר דברים אף שמצויים לקנותן מ"מ חביב לאדם דבר שרגיל בו, משא"כ תפילין דאין אדם רגיל

14 ועי' בב"ח (סימן רס"ז) בש' מהר"ל בדעת הרי"ף, דתלוי, דדבר שטיפולו מרובה יכול למכור בזול, ע"כ צריך ב"ד, ודבר ידוע אין צריך ב"ד.

ליכא למימר דשם 'דמי אבידה' חד הוא, דהא אינו דין באבידה דוקא. [דפשיטא דליכא למימר שם 'דמים' חד הוא]. והי' אפ"ל דהשומא הוא הטירחא וצ"ע בזה, דהא השומא בתפילין הוא לטובת המוצא ולא לטובת בעל האבידה, ומאי כיון דטרח בה איכא למימר וצ"ע.

העולה מהנ"ל

א - העולה מכ"ז, דאע"ג דלא חל היאוש, מ"מ יכול למכור בדברים שכיחי טובא, וכהיום רוב דברים שכיחי טובא, ואין מצוי כלל, חפצים שנעשו במיוחד בשבילו, דנימא דאיכא כושרא דחיותא, וכ"ש דברים דלא חשיבי לי', או שכבר קנה חדשים, שיש לו כושרא בהחדשים. ואם ישתמש בדמים תלוי במחלוקת ב"י ופרישה דלהב"י נסתפק בזה הרא"ש וכש"נ (או' ה'). ולהש"ך דתפילין מטעם דגם עושין בו מצוה, אולי אפשר למכור וילוח, או יתן לצדקה, וישלם מביתו לכשיבא, דרוב בנ"א ניח"ל ליתן לצדקה מאשר להניח בביתם עד שיבא אליהו, דבזה עביד ב"י מצוה וניח"ל לבעל אבידה.

ב - עוד יש לדון דהיה תובע דמים ממי שרוצה להניח חפץ לימים מרובים בביתו, דמפריע לו, והוה הפסד לו, וא"כ ימכור, שלא יאכיל עגל לעגלים. (עי' מזה בשו"ת חוות יאיר סי' קס"ה) [אמנם אין להתיר מטעם דניח"ל לבעל אבידה, דכי אתרמי לדידי' אבידתא שיוכל למכור, דהא כתב רש"י (כ"ז: ד"ה היכי מהדרין) בסימנים

שמואל בעל המימרא [דמוצא תפילין] ס"ל דישתמש בדמיו. ותי' דשמא תפילין דמיא למעות אבידה דלא טרח בהו, ע"ש. ומשמע דכתב כן רק לתרץ רש"י, וכ"כ הדרישה (רס"ז או' כ"ג) הגם דמדברי ב"י נראה דס"ל דכתב כן לדינא, הא מיהא דהרא"ש נסתפק בזה, ולכא' מאי איכא לספוקי, דהא הוא כמעות אבידה דבתרווייהו טרח רק להגביהם.

והריטב"א (כ"ט:) כתב בש' הרמב"ן בהא דמעות יתומים אסור להשתמש בהן, וז"ל: "פי' מורנו כמעות אבדה דלית ליה רשותא להנפוקינן ואפילו טרח בהו, דדוקא בדמי אבידה יהבו ליה רבנן רשותא להנפוקינן היכא דטרח בהו מפני תיקון העולם אבל כמעות של יתומים ואפילו בדמי סחורה לא יהבו ליה רבנן רשותא, וכן פי' רבינו הרמב"ן ז"ל" ע"כ. ועכ"פ בעינן טירחא, וליכא למימר דשם אבידה אית ב"י טירחא, דא"כ מעות אבידה נמי, אא"כ נימא דשם 'דמי אבידה' טרח בהו, וע"כ ישתמש בהו. אבל הרא"ש כתב (בסימן י"ז) וז"ל: "דס"ד לדמותו לדמי אבידה, בשביל שהיה עושה טובה עם היתומים, שהיו סמוכים אצלו, וגם שלא יהיה אחריות המעות על היתומים. א"ל אביי והא איתמר עלה אמר רבי חלבו א"ר וכו' והני כמעות אבידה דמו" ע"כ. ואפשר דס"ל דבמוכר נכסי יתמי, באמת מותר להשתמש בהו, אלא דס"ד דמעות יתמי הוה כדמי יתמי, כמו שכתב מטעם דסמוכין אצלו ומטעם אחריות, וא"כ

דהוה תקנ"ח אע"ג דניח"ל, וכ"כ גבי לקט (י"ב: ד"ה מ"ט עניים גופייהו) ואין לומר דהיכא דודאי ניח"ל אין צריך תקנ"ח, דא"כ מנ"ל לרש"י דהתם משום תקנה הוא, ועוד מנא לן למימר דהכא ודאי ניח"ל, ונראה פשוט דלא אמרינן ניח"ל כיון דבהאי ממון לאו דוקא ניח"ל, אלא דניח"ל בעלמא שיהיה תקנה כזו, וכן בסימנים ובלקט]

בתקנה ניח"ל וכש"נ, ואפ"ה בעינן דנידע בבירור דניח"ל, וצ"ב בזה בכל מקרה בפנ"ע. וכיון דהגביה כדי לחזור נעשה שומר ע"י התורה, ואינו יכול לפשוע בשמירתו.¹⁵ והרא"י מדרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר, דאיבעיא לן (דף ל:), אע"ג דאין כונתו להחזיר כי אם בשדה, אמרינן דכיון דאיחייב בשדה איחייב נמי בעיר, ונעשה שומר אפי' לעיר.

השבה על מדף

[ה] אמנם מי שהניח על מדף בביהכ"נ, לכאור' לא קיים בזה מצות השבה. [ואם הוא מדף מיוחד לכך, י"ל דעל דעת כן נכנס שיהיו חפציו מונחים שם, ובפרט באירועים גדולים שמיחדים מקום לאבידות, וכל הנכנסים ידעו מזה] שהרי פשע בשמירתו, ושמא ינקו ביהכ"נ קודם שיבא בעל האבידה, אכן אם יקחנו משם בעל האבידה, ודאי קיים מצותו דהא ליכא למיחש לרמאי וכש"נ (א"ר א'). אמנם ע"פ רוב באמת בעל אבידה רוצה שיניחנו שם, ולא יאספו לתוך ביתו ויצטער, ואולי לא יגיע אליו כלל, וא"כ י"ל ניח"ל לבעל אבידה, אבל לפמ"ש"נ לעיל ליכא למימר כן, כי אם בתקנ"ח, אא"כ נחלק דהכא ניח"ל בהאי אבידה גופא ולא רק

ויותר מזה מצאנו בדברי התוס' והרא"ש

(דף כה: תוס' ד"ה ואם נטל לא יחזיר רא"ש סימן ח') בספק הינוח בדבר שאין בו סימן, דאסור לו ליטלו, דדלמא הניחו שם מדעת ודעתו לחזור לקחתו, ואין שם אבידה עליו. ואם נטלו אסור לו להחזירה, דדלמא שכחו שם ונעשה שומר אבידה. והרי ברור דלבעלים מוטב שיניחנו שם, מאשר שתהיה מונחת בבית המוצא עד שיבוא אליהו. וכה"ק שם הפנ"י. [ויותר מזה דלכאור' איכא אומדנא דמוכח, שרוצה שיחזירנו לשם¹⁶] וכן נמי לשא"ר (ע' רשב"א ורמב"ן) דאמרי דהא דאינו יכול להחזירו לשם, היינו דוקא כשהוליכו לביתו, דשמא בא בעל אבידה ולא מצא, ושפיר מקרי אבידה לכו"ע, אע"ג דודאי ניח"ל וכש"נ. ולדברי הר"ן (שם)

15 ואפי' לדברי הרמב"ן במלחמות (הובא לעיל) דיכול לגנוב ולא נעשה שומר עליה, היינו משום דנתכון לגנוב, והרי הוא גנב ע"פ תורה, ואין כאן חיוב שמירה, אבל כשנעשה שומר ע"פ תורה אינו יכול לפטור את עצמו.

16 ואפי' א"נ דליכא אומדנא דמוכח, דשמא אינו רוצה שיחזירו, דמיירי בעניין שודאי יקחנו אחר ואולי י"ל עדים, א"כ כל שכן שעל מדף ליכא אומדנא דמוכח, ומ"מ צ"ע טובא בזה, דהראשונים לא חילקו בזה, דאיירי דוקא בדבר שודאי יקחנו אחר, וגם ל"ח לעדים בדרך כלל.

עכ"פ מספק"ל מאי ניח"ל, יעשה לכתחלה מקצת השבה, וצ"ע בזה.

היוצא מדברינו

א - נמצא דצ"ע טובא אם מותר להניחו על מדף, דודאי איכא אומדנא דמוכח טפי בספק הינוח, ואעפ"כ כתבו הראשונים דנעשה שומר [ועי' מש"נ בדברי הרמב"ם]. ולפמ"ש בדברי הט"ז י"ל דיעשה מקצת השבה, דודאי על מדף וע"ג לוח המודעות נשמר טפי מע"ג ספסל בביהכ"נ. [ולפי"ז גבאי ביהכ"נ יכולים להפסידו לאחר יאוש, ואפי' אי נעשה שומר אם היאוש חל לגבי אחרים (לתוס' ואפשר אפי' לרמב"ן וכש"נ) ג"כ יכולים לאבדו].

ב - ועובר ושב שרואה אבידות על המדף, ודאי דאין צריך ליטלו, דע"פ רוב כבר נתיאש בעל האבידה, ואפי' ראה איך שהמוצא הניחו שם, ממה נפשך, אם הדין דיש להניחו שם, מוטב, ואם לא, הרי המוצא שומר עליה. [ולחציל השומר שלא יתחייב, לכאו' אין צריך, שהוא אבידה מדעת, ולהשיב לבעליו משום כושרא דחיותא דאדם רוצה שלו טפי, אע"ג שכתבו התוס' (לא: ד"ה אם יש שם) בסוגיא דאם יש שם ב"ד יתנה עד כדי דמיו, דהיינו משום כושרא דחיותא (דהרי דמיו מאבד דישלם לו) ע"ש, מ"מ נראה דהיינו דוקא כשהוא אבידה, והוא

בספק הינוח ויש בו סימן, לא יטול דאינו ברור מאי עדיפא לבעלים, אבל כשנטל לא יחזיר, דנעשה שומר, והיינו דמספק אמרינן שלא יטול, אע"ג דאפשר דחייב להשיב, אבל כשנתחייב לא יחזיר לשם, שהוא כבר שומר. אא"כ נימא כהרמב"ם הובא במחבר ר"ס סעי' ט-י (ובסמ"ע וש"ך שם) דדוקא דבר שיש בו סימן, לא יחזיר ויכריז, ובמ"מ כתב דדוקא הוליוכו לביתו לא יחזיר, וכתב הש"ך כדבריו, [דלא כהסמ"ע ע"ש] אע"ג דהוא ספק אבידה מיד דדלמא שכח, ומשמע דלא נעשה שומר ואין צריך להכריז, כיון דניחא להבעלים שיניחנו שם.

והנה, בדרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר, פסק הטור (רס"ג ס"ב) דיחזיר בשדה ולא בעיר, והק' עליו האחרונים, דכיון דמחזיר בשדה, נעשה שומר ונתחייב בה לגמרי, דהכיסה נתחייב בה, כדמבואר בגמ'.¹⁷ והט"ז תי' וז"ל: "י"ל כיון דיש עכ"פ מצוה בפני עצמה בהשבה בשדה שהיא משתמרת יותר בעיר, כמ"ש הרא"ש לדעת הרי"ף, שפיר י"ל דמה שעושה בהשבה זו אינו אלא לפנים משורת הדין שעושה קצת טובה לחברו, כן נ"ל". ע"ש. הגם דדברי הט"ז הם רק באופן דפטור הוא ממה שעושה, וע"ז איכא למימר דעושה מקצת השבה, ואינו מחייב את עצמו בהשבה מעליא, אולי י"ל דבניח"ל לבעל אבידה, או

17 ורעק"א תי' דהכיסה נתחייב בה [בדלא אנקטיה נגרי ברייתא, דאז חייב בכל אופן דעי"ז נתחייב בהשבה] הוא דוקא כשנתחייב בהשבה אבל הכא הא גופא מספק"ל אי נתחייב כיון שהתחיל או לא התחיל.

לא יציל כי אם כושרא דחיותא, אבל אין נראה דע"י שיאבד הכושרא דחיותא לחודיה, מקרי אבידה, ועוד דבזמן הזה ברוב דברים ליכא כושרא דחיותא וכש"נ]

ענף ג'

בענין הכרזה בזמנה"ז

הכרזה ג' רגלים

הכרזה

א במתני' דף כח. "ועד מתי חייב להכריז עד כדי שידעו בו שכניו דברי רבי מאיר רבי יהודה אומר שלש רגלים ואחר הרגל האחרון שבעה ימים כדי שילך לביתו שלשה ויחזור שלשה ויכריז יום אחד" ובגמ' עמוד ב' "תנו רבנן בראשונה כל מי שמצא אבידה היה מכריז עליה שלשה רגלים, ואחר רגל אחרון שבעת ימים, כדי שילך שלשה ויחזור שלשה ויכריז יום אחד, משחרב בית המקדש שיבנה במהרה בימנו, התקינו שיהיו מכריזים בבתי כנסיות ובבתי מדרשות." ובשו"ע (סימן רס"ז ס"ב) פסק דבזמן הזה יכריז בבהכ"נ ובבהמ"ד כר"י, אמנם לא נזכר שם זמן כלל, וצ"ע מה הזמן בזמן הזה.¹⁸ וברמ"א שם כ' ואינו מכיר בעליה והיינו דכל ענין הכרזה הוא להכיר בעליה וק"ל.

ב ובביאור הא דיכריז ג' רגלים, כתב רש"י בברכות (דף נח: ד"ה ככלי אובד) וז"ל: "וסתם כלי לאחר שנים עשר חדש משתכח מן הלב, דיאוש בעלים לאחר שנים עשר חדש, בפרק אלו מציאות מי שמצא כלי או שום מציאה חייב להכריז שלש רגלים, ואם נמצא אחר הסוכות צריך להמתין ולהכריז בפסח ובעצרת ובחג, דהיינו שנים עשר חדש, ושוב אין צריך להכריז" ע"כ. והיינו דחייב הכרזה הוא כל כמה דלא נתיאש ולאחר מכן אין צריך להכריז.¹⁹ והביאור הוא דחל היאוש לענין זה עכ"פ דיוצא מרשותו קצת, ואין עליו חייב הכרזה, אלא דאכתי לא זכה בו. וא"כ בזמן הזה צריך להכריז בבהכ"נ י"ב חודש, או עד דידעינן שכבר נתיאש. ולרש"י מתיאש מכל דבר

18 ואין לומר דבזמן הזה לא ילך מקצה הארץ לקצה הארץ בשביל אבידתו, דע"כ גם בזמניהם לא היו הולכים לכל אבידה, דודאי איכא אבידות שאינם שווין הטרחה והדמים לכך, והרי ככרות של בעה"ב לאחר ג' רגלים כבר עבר עליהם הפסח, ואמאי יחזור ויעיין בכליו, וגם בזמנינו איכא אבידות שילך בכל הארץ להשיגו, אלא די"ל דאז רוב אבידות היו כך, ועכ"פ לא מבואר דין אבידות קטנות, וא"נ לא פלוג, צ"ע בזמנינו דברוב אבידות לא ילך וכנ"ל.

19 וע"ש בתפארת למשה שהוכיח לרש"י דר"ה ויוה"כ נמי רגלים נהו מהא דנקט סוכות, ואי"נ כלל, דודאי נקטה לדוגמא, דפשיטא דרגלים דאית בהו עלייה לרגל קא', ועוד דלא תתקיים מתני' אלא לאחר סוכות, אתמהא.

שהמאבד אינו מעיר זה כלל. אלא אם כן יניח בכל ביהכ"נ בכל הארץ, שאי אפשר, וגם תהיה מלאכתו מרובה משל חברו, ברובא דרובא של אבידות, והגם דאיכא קווי השבת אבידה, אין כולם יודעים ממנו, וודאי לכתחילה יפרסם גם שם.

יודיע לשכניו

ג והנה ר"מ במתני' ס"ל 'כדי שידעו בו שכניו'. ואמרינן בגמ' (עמוד א') "תנא שכני אבידה מאי שכני אבידה אילימא שכנים דבעל אבידה אי ידע ליה ליזול ולהדריה נהליה אלא שכני מקום שנמצאת בו אבידה" ובגמ' ע"ב אי' דמשרבו האנסים [דאמרי אבידתא למלכא] מודיע לשכניו ומיודעיו ודיו. ולכא' ברור דאין הכונה לשכני אבידה, דדלמא אנסים הם, וע"כ דשכני דומיא דמיודעיו, אותם שהוא מכירם שאינם אנסים, ודיו דדי בכך בדיעבד, אע"ג דמה"ת כלל שישמע מזה, מ"מ בלית ברירא עבדינן הכי. אמנם בשטמ"ק כתב וז"ל: "כתב הרמ"ך לעניין פסק וזה לשונו "בזמן הזה מכריזין האבידה בבתי כנסיות ומדרשות, והוא דליכא רמאין אנסים ומוסרים שמוסרים אבידה למלך. ובמקום שיש רמאין או אנסין או מוסרים, מודיע לשכני מקום שנמצאת שם האבידה ודיו". ע"כ. וצ"ע דלמא אנסים הם וכנ"ל, ונראה דס"ל להרמ"ך דבמודיע לשכניו ומיודעיו ליכא קיום הכרזה כלל,

לאחר י"ב חודש, ולהתוס' (כד: ד"ה לבתר) הוא דוקא באופן שיודע בעל האבידה שהמוצא ידע שמונח שם לאורך זמן, ויתלה שנתיאש, ומש"ה באמת מתיאש ממנו.²⁰

ומהרש"ל כתב דבג' רגלים ודאי עולה לירושלים, דבלאו הכי עובר בכל תאחר. ולפי"ז באמת צריך להכריז פ"א כשכולם ודאי נמצאים, אמנם יתכן דבזמן הזה צריכים להכריז טפי, כיון דאין כולם באים לכל תפילה אלא יו"ט וכדומה, ואולי צריך להכריז לעולם כיון דליכא כל תאחר בזמן הזה, אמנם נראה דגם בזמן הזה מ"מ יבא לבהכ"נ בזמן מן הזמנים, אע"ג דליכא כל תאחר. וכן בפרישה כתב ג"כ כמהרש"ל, דאסור להשהות קרבנותיו, ושוב כתב וז"ל: "שיהו מכריזין בבתי כנסיות. וממילא אין צריך להמתין ג' רגלים" ע"כ. אמנם לא ביאר הזמן בזה"ז. ובשטמ"ק בש' הר"י כתב דברגל א' אפשר שיחלה ולא יבוא, אבל בג' רגלים ודאי יבוא, וא"כ בזמן הזה צריך להכריז ג"פ כשכולם נמצאים, וכ"כ שם להדיא בחי' ר"י מלוניל דבזמן הזה יכריז בשלוש רגלים בעת הדרשה. והיינו דאז היו כולם נמצאים.

אמנם כל זה בזמניהם, שהיו להם בהכ"נ א' בעיר וכדומה, אבל בזמנינו, אינו יודע אם הלה יכנס לביהכ"נ זה כלל, ואפי' יכריז ויפרסם בכל ביהכ"נ שבעיר, ייתכן

20 וכן צ"ל לדבריהם בקדחי בי חלפי (דף כג:) דידע דהמוצא יודע שהי' מונח שם זמן מרובה. (ועי' רש"ש שם בברכות דלרש"י ניהא בלא"ה, כיון דהי' שם זמן מרובה).

לעניינינו שאינו יכול להכריז ברחבי תבל, עכ"פ יתלה מודעות בסביבות מקום שנמצא שם האבידה, ויקיים יודיע לשכניו. אמנם אי נימא דיודיע לשכניו הוא דין בפנ"ע משרבו האנסים, צ"ע האם יוצא יד"ח בזה. ולכתחילה יפרסם גם בעיתון ובקווי השבת אבידה, והכל לפי העניין כמה ישלם ויטריח את עצמו בכל אבידה.

דמה ענינו לבעל אבידה, והרי הוא כמכריז בינו לבין עצמו, ומש"ה אמרינן לר"מ שכני מקום שנמצאו שם. ועל כן ס"ל דע"כ שכניו דאנסים ג"כ היינו שכני אבידה. [ואולי יכרר אם הם אנסים]

היוצא לנו

א"כ נמצא, דע"י דמודיע לשכני אבידה מקיים עכ"פ מקצת הכרזה, וא"כ

ענף ד'

בעניין אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה

נפק"מ אי מותר מטעם דדבר שאין בו סימן הוא ועומד להתיאש, או דיש בו סימן ומותר מדין רבים מצויין שם. (וע' מהרש"א ומהר"ם שיף) וכבר הק' כן הגרעק"א ע"ש שהאריך בזה. ועוד צ"ע אמ"ש דעדיין בבהכ"נ, מאי מתרץ לזה, דאינו בביהכ"נ, או דאעפ"כ, והיינו דהיה אפ"ל דכיון דהוא בביהכ"נ, אילו ידע דנפל היה מכריז, או מחפש, אמנם מל' התוס' משמע וכ"מ בתוס' הרא"ש דכיון דהוא עדיין בבהכ"נ לא ידע, וה"ט דאין אדם ממשמש בבהכ"נ, ויש לעיין למסקנא מאי הוה, דממשמש בביהכ"נ, או דאינו שם, והנפק"מ אי ידעין שהוא בביהכ"נ, וצ"ע.

ממשמש בכל שעה

[ב] ובעצם הא דאדם עשוי למשמש, היינו ע"כ רוב בנ"א או מסתמא, אבל לכאור

הנה המציאות כיום הוא, דאין אדם ממשמש בכיסו, אא"כ הוא סכום גדול, ואז בדרכי יש סימן מנין וכדומה, וכבר דנו בזה הפוסקים, ונעיין בזה מפנים אחרות.

[א] בגמ' כ"א: איתא "אר"י אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה" ע"כ. ומש"ה מותר לקחתו, שכבר ידע ונתיאש כשאין בה סימן. והק' התוס' וז"ל: "תימה כיון דכבר הקשה ממתני' דמעות מפוזרות, אמאי פריך תו מהך ברייתא, ורבי יצחק נמי אמאי לא אמר למלתיה אמתני' ותירצו "וי"ל דברייתא אלימא ליה לאקשווי דמשמע דבכל עניין הרי אלו שלו, אף על גב דאיכא סימן מדמוקי טעמא שהרבים מצויין שם, ומשמע נמי אף על גב דכשזה הגביה עדיין היה בעל אבידה בבית המדרש, ולא ידע שנפל מיניה" עכ"ל ודבריהם צ"ע, דכיון דמותר לקחתו, מאי

השומר ממשמש לא היה נאבד, ובסוגיין מבואר דאפי' ממשמש אובד וכש"נ וצ"ע.

מדין פושע

ד] ולכאור' מבואר מדבריו דהדין דאדם עשוי לממשמש הוא, דכיון שלא משמש הרי פשע בעצמו, וכאבידה מדעת דמי, וע"ז קאמר דע"כ אינו חייב גמור לממשמש, מדלא קאמר חייב לממשמש, וע"כ שומר פטור, דלא הוה פושע גמור. ולפי"ז מובנים דברי התוס', דבמונח דבר שיש בו סימן בכיסו אינו ממשמש כלל, דאינו חושש מנפילה, כיון דאית ביה סימן ויכריז מוצאו, ואין כאן פשיעה ואבידה מדעת, ואינו צריך לחשוב בהיכנסו למקום רבים, דשם לא יועיל סימן, דאינו חושב בכל רגע דעתה יאבד, אלא דהחפץ יתאבד בזמן מן הזמנים וא"ש. ובביהכ"נ דבנ"א אינם ממשמשים, ס"ד דלא הוה פושע קמ"ל דאעפ"כ הו"ל לממשמש, או שלא יכנס לביהכ"נ עם כסף בכיסו. ולדברינו עכ"פ נרמזו דבריו בתוס' ריש אלו מציאות וכמ"ש]

מציאות וכמ"ש]

ה] והנה רש"י כתב בראה סלע שנפל (דף כו: בד"ה נטלה לפני יאוש) וז"ל: "שלא שהה כדי לממשמש זה בכיסו" ע"כ. וכתבו הראשונים דנוכל לומר שהוא סלע בכיס ויש בו סימן, ומשום הכי הוי קודם יאוש, אמנם לא פליגו עליה, אבל בתוס' ר"פ הובא בש"מ כתב וזה לשונו: "נטלה לפני יאוש. פירש הקונטרס קודם שמשמש בכיסו, ולאחר שמשמש ודאי הוא מייאש, דודאי סלע דבר

לא הוה ודאי, דא"כ לעולם לא יאבד מעות, דיסתכל לאחוריו ויראנו. אלא דיכולים לתלות שיודע. וכ"כ תלמיד הרשב"א להדיא (בדף כו: וז"ל: "מאחר שאמרנו (כא.) שאדם עשוי לממשמש בכיסו בכל שעה ושעה, כיצד אתה מוצא נטילת סלע לפני יאוש, נראה לומר שבודאי אי אפשר לומר שמיד שנפלה ממש הוא מכיר חסרונו, שאם כן הרי הוא שוחה ונוטלה, אלא לאחר שעה הדברים אמורים. הילכך הוראה בשעת הנפילה ממש, דבר ידוע הוא שעדיין לא הרגישו הבעלים, והרי זה לפני יאוש ועובר" ע"כ. וכ"ה בל' המחבר (סימן רס"ב סעיף ג') "אם הוא דבר שיש לתלות שבעליו הרגישו בו מיד כשנפל ממנו" ושם סעיף ו' "שבכל אלו מסתמא הרגישו הבעלים בנפילתם וכיון שאין בהם סימן מתייאש". ע"כ והא דמשמע שהוא ודאי, דודאי ממשמש וכמ"ש התוס' צ"ע.

שי" ר"ת

ג] ובסמ"ק מציריך (סימן רנ"א) הובא בקובץ שיטות קמאי כתב וז"ל, "לשון תו'. אדם עשוי לממשמש בכיסו בכל שעה מכאן פסק רבינו תם באדם שנושא מעות של חברו ונפלו ונאבדו שהוא פטור מדלא קאמר חייב לממשמש, לשון תו' בריש פרק אילו מציאות, עכ"ה". ודבריו תמוהין דאמאי נימא לשון חייב באבידה הרי אינו חייב אלא שדרך בנ"א שהוא עשוי לממשמש, ודלמא בשומר באמת חייב שלא עשה מה שבנ"א עושים, ועוד דמבואר מדבריו דאילו היה

שאינן בו סימן הוא. וקשה למורי הר"פ שיחיה [ז"ל] דהא לא משתמיט תלמודא בשום דוכתא לומר דבמעות לא מייאש מיד שנפלו מן הבעלים, אלא ודאי מייאש. לכך נראה למורי מהר"פ שיחיה [ז"ל] דמייירי בדבר שיש בו סימן כגון סלע צרור שיש בו סימן ולפני יאוש רצה לומר קודם דשמעיניה דאמר ווי לחסרון כיס. עד כאן" (ועל פניו היה נראה דזהו מחלוקת החזו"א וש"פ, אי איכא תקנת חכמים דאדם ממשמש בכל עניין) אמנם רש"י כתב קודם כדי משמוש, ור"פ הביא דבריו וכתב שראה שלא משמש, וא"כ י"ל פשוט דגדר התקנה היה כדי משמוש אע"ג דלא משמש (להחזו"א), אכן לדברינו י"ל, דאע"ג דלא משמש פשע, ואפי' מיד דהו"ל למשמש ולא יאבד באמת אי לא פשע וזהו כונת תור"פ,

וע"כ כתב רש"י קודם כדי משמוש, דרש"י ס"ל דליכא פשיעה ואבידה מדעת אלא לאחר כדי משמוש, דיש לו זמן למשמש, ולהכי באמת ל"כ שראה שלא משמש.

[ו] אמנם לדינא צ"ע טובא, דלא אתי שפיר בדעת המחבר וכש"נ וכן להפוסקים דס"ל דבמלתא יקרא אמרינן מידע ידיע וכדר' יצחק וכדמבואר בגמ', אמנם בגמ' נוכל לומר דאינו כדר"י, אלא מטעם אחר, והיינו דר"י הוא מטעם פושע וכש"נ, ויקירי הוא מטעם דהרגיש בנפילתם, ועוד י"ל דיקירי היינו חשיבי (עי' טור סימן רס"ב ובכ"י שם בדעת הרא"ש). ומשמע מדברי הפוסקים, משום ידיע ולא דפשע, ולדברינו אין הטעם משום ידיע וכש"נ וצ"ע.

הרב יעקב ברנשטיין

ביאור חיוב שומר אבידה וביאור שיטת התוס' בספק שומר אבידה

כיון דלפי הרמב"ם כל השומרים צריכים משיכה בכדי להתחייב, א"כ כל כה"ג דלא ידע שהוא זהב לא הוה משיכה, ובלא משיכה אפי' שומר אבידה לא נתחייב. ואפי' לדעת תוס' והרא"ש דשומרין לא בעי משיכה אלא מכי נסתלקו הבעלים משמירתן נתחייב השומר, היינו דוקא בשאר שומרין כמו שומר חנם ושומר שכר, כיון דקיבל עליו לשמור והבעלים נסתלקו משמירתן נתחייב השומר. אבל גבי שומר אבידה ודאי בעי משיכה אליבא דכו"ע, דכתיב 'ואספתו אל תוך ביתך' והיינו דהתורה רמי עליה ליקח אותו תוך ביתו. אבל כל זמן שלא משך אע"פ שראה אותו לא נתחייב בשמירה, וכה"ג דלא ידע ליה בזהב לא הוה משיכה וכמו האי דסימן רל"ב, וצ"ע. עכתו"ד הקצוה"ח.

ונראה מדבריו, דאף שספקו אי צריך קבלת שמירה לא נפשט, מ"מ מכריע דפטור מלשלם מטבע של זהב, דקנין ודאי צריך. ואף אי נימא שהתורה חייבתו בע"כ ולא ע"י קבלתו, מ"מ חיוב התורה חל ע"י קנין. ולכאורה קשה, איך מחייבו הקנין אף בלא כוונה לשם קנין.

ונראה לבאר, דחיובי שומר אבידה חלים עליו מעת שהגיע לידו, וכיון שעשה

ידוע (עיי' ב"ק נו: ובשור"ע סי' רסז סכ"ה) שהמוצא אבידה מתחייב בשמירתו, ואם פשע נתחייב בתשלומין לבעלים. וצריך לבאר איך מתחייב השומר בשמירה, וכן מנא רמיה עליה חובת תשלומים אם פשע.

הקצוה"ח (סימן רצ"א ס"ק ד') נסתפק מה הדין בשומר אבידה שסובר שהמטבע שמצא הוא של כסף, ופשע בו והפסידו, ונמצא של זהב, האם אמרין דכיון דרחמנא רמיה עליה נטירותא בע"כ דכתיב 'ואספתו אל תוך ביתך' ואין השמירה תלויה בקבלתו א"כ חייב כשל זהב, דבכה"ג לא שייך לומר נטירותא דזהב לא קבלתי על עצמי, או דלמא גם בשומר אבידה כה"ג פטור. ונראה מדבריו שנסתפק אם חיוב שומר אבידה תלוי בקבלתו של השומר להתחייב, דהיינו הגם כי מדין תורה הוא חייב לקבל על עצמו התחייבות מ"מ כל כמה שלא התחייב בפועל לא נהיה שומר, או דלמא אינו תלוי בקבלתו. וכתב הקצוה"ח, דלפי מש"כ לעיל מיניה דהעיקר כמהרש"ל דהא דחטיטין וחיפן בשעורין חייב רק שעורין הוא רק משום פשיעת המפקיד, א"כ בשומר אבידה שלא בא לידו מיד הבעלים - דנימא ביה פשיעותא דבעלים - י"ל דודאי חייב השומר, אלא דאכתי יש מקום לומר דפטור,

מעשה קנין חשיב הגיע לידו. וכן נקט בפרי יצחק (סימן ס"ב) בפשיטות דשומר אבידה צריך קנין, והוכיח כן מהא דכתב השטמ"ק (ב"מ ל' ע"ב) בשם הרמ"ך וז"ל, "הכיסה והלכה מעט נתחייב בה, ואם אבדה משלם. וכן אם הנהיגה בקול או שזרק לה צרור והלכה נראה לומר כיון שעקרה יד ורגל כקנויה", עכ"ל. ומקור הדבר הוא מדכתיב "ואספתו אל תוך ביתך" דהיינו שיעשה משיכה ע"י שיכניסנו אל ביתו. והא דאיתא בב"ק נ"ו דשומר אבידה כש"ש משום דרחמנא שעבדיה בעל כרחו, היינו דוקא ע"י קנין, ואי נימא שצריך קבלת שמירה צ"ל דרחמנא שעבדיה בע"כ לקבל ע"ע שמירה.

והנה לפי מה שצידד הקצוה"ח שצריך קבלת שמירה, אתי שפיר מש"כ רש"י בב"מ (ל' ע"ב ד"ה הכיסה) דהכיסה היינו "הכאה אחת להשיבה" עכ"ל, דכיון דצריך קבלת שמירה צריך שיעשה הכאה ע"מ להשיב ולחייב א"ע בשמירה. אך קשה מעובדא דאביי שראה הני עיזי דקיימא שקל קלא ושדא בהו וא"ל רבה שנתחייב בהם, הרי אביי לא נתכוון לקבל ע"ע שמירה, וצ"ע.

עוד י"ל לפי"ז, דהמוצא דבר שאין בו סימן שעדיין לא נתיימשו בעליו ממנו יכול להגביהו ולהתנות שלא יהיה שומר, דהטור בסימן רס"ב סעי' ד' כתב "אין המוצא מציאה חייב להכריז אלא בדבר שיש בו סימן". וכתב הבית יוסף וז"ל, "מבואר בפרק

אלו מציאות דכל דבר שאין בו סימן אינו חייב להכריז. ודבר פשוט הוא, דמה תועלת בהכרזה כיון שאין בו סימן להחזיר על ידו" עכ"ל. ולכאורה קשה למה הוצרך ליתן סברא שא"צ להכריז דבר שאין בו סימן כיון שאין תועלת בהכרזתו, והלא כיון שאין בו סימן נתיימשו הבעלים, ואפי' היה תועלת בהכרזתו לא היה מתחייב. וע"כ צ"ל דכוונת הב"י הוא, שאף במקום שעדיין לא נתיימשו הבעלים - כגון שיש לחוש שלא הרגישו בנפילתו - אעפ"כ אין חייב להכריז כיון שאין בכך שום תועלת. ונראה דכמו"כ אין חיוב ליטלו, כיון דאין בכך שום תועלת לבעלים. וכן מצד הרע"א בחידושו ב"מ דף כ"ו ע"א ד"ה ואולם, דדבר שאין בו סימן אין חייב ליטלו אף שעדיין לא נתיימשו הבעלים. ולפי"ז יש לומר, דאף אם נטלו א"צ לקבל על עצמו שמירה, דכמו שלא חייבתו התורה להגביה כיון שאין בכך תועלת לבעלים, כמו"כ לא חייבתו התורה לקבל על עצמו שמירה דאין בכך תועלת לבעלים, דכל החיוב שמירה הוא רק בכדי להועיל לבעלים שהחפץ יגיע לידו. אך יש לציין כי ודאי אם הגביה ע"מ לקבל ע"ע שמירה נעשה שומר אבידה, דאכתי עתה רמיא עליה מצוות השב תשיבם, אלא דא"צ להגביהו כי כיון שאין סיפק בידו להשיבו לבעלים אין בכך תועלת. וכיון שיש עליו מצות השב תשיבם, אף שאין מחויב לקיימו כיון שאין סיפק בידו לעשות, מ"מ כשמגביהו להשיב נשתעבד. אך בפרישה

ציווי גרידא, אלא התורה שיעבדתו לכך, ולפי"ז גם בשומר אבידה שהתורה ציוותה אותו לשמור כדכתיב 'ואספתו אל תוך ביתך' והיה עמך' שיעבדתו התורה בחיוב ממוני.

אך קשה לפי"ז, למה לא נתחייב בשמירה משעה שרואה האבידה, ובשלמא לדעת הראשונים דסברי דחיוב השב תשיבם חל עליו רק משעת הגבהה כמו"כ נוכל לומר שציווי התורה לשמור הוא רק אחר הגבהה, אבל לדעת הראשונים (ר"ן ונימוק") דסברי שאף קודם הגבהה יש מצות השב תשיבם כמו"כ יהא עליו מצות שמירה משעה שרואה האבידה. ובשלמא לדעת הסוברים דנתחייב בשמירה ע"י קנין אתי שפיר, דרק אחר שהגיע לידו איכא קנין, אבל לדעת הגר"ח שנתחייב ע"י שהתורה שיעבדתו קשה, למה לא נימא שהתורה שיעבדתו לכך משעה שרואה האבידה.

ונראה לפרש, דאין חיוב ממוני ראוי לחול עליו אלא אחר שהגביה, שזו מצוה המוטלת רק עליו, דלא רמיא על אחרים להשיב דבר שאדם הגביהו להשיבו. אבל קודם שהגביה הוה מצוה דרמיא אכו"ע, שכל מי שרואה אבידה זו מתחייב להשיבה, ולא שייך שעבוד ממוני אלא במצוה דרמיא על אדם אחד ולא כשרמיא אכו"ע. ועוד, דא"כ לפעמים יימצא שכמה אנשים ראו את האבידה ולא הגביהו אותה, ואי נימא דהוה שעבוד ממוני משעה שרואה את האבידה יתחייבו כולם בתשלומין.

(בסוף סי' רס) כתב דאף דבר שאין בו סימן מחויב להגביהו, וא"כ מחויב כמו"כ לקבל ע"ע חיוב שמירה, וצ"ע לדינא. ויעויין בחזו"א ב"ק סימן ו' ס"ק ו' שנקט בפשיטות דקניין בעי, אך קבלת שמירה לא בעי.

אולם בברכת שמואל (ב"מ סימן יז אות ד') הביא בשם הגר"ח, דמדחזינן בב"ק דשומר אבידה כשומר שכר - דרחמנא שעבדיה בע"כ, משמע שאין חיוב שמירה תלוי בקבלתו ובקניינו, ואפי' בלא קנין נתחייב בשמירה ע"י ציווי התורה. ונראה להביא ראיה מעובדא דאביי דשקל קלא ושדא בעיזי דא"ל רבה נתחייבת בהם, אם נאמר שצריך קנין נצטרך לומר שהעיזים היו עומדות בסימטא והיה בזה קנין משיכה, אבל ברה"ר דמשיכה לא מהני לא היה נתחייב בשמירה. אך לפמשנ"ת דא"צ קנין יכול להיות שהמעשה עם אביי היה אף ברה"ר.

וזה ברור שחיוב השמירה הוא שעבוד ממוני ולא רק מצוה, מדחזינן שאם פשע נתחייב בתשלומין, ויל"ע איך נתחייב בשעבוד ממוני שלא ע"י קנין. ונראה לבאר עפמ"ש"כ הקצוה"ח בסימן ר"צ ס"ק ג' אליבא דהכס"מ בדעת הרמב"ם, דבמצות צדקה איכא שעבוד נכסים וחיוב ממוני, דקיימא לן שעבודא דאורייתא במלוה ע"פ ומכ"ש במלוה הכתובה בתורה, ולא גרע מצות צדקה ממצות פדיון הבן דשעבודא דאורייתא. וביאור הדברים י"ל, דכל המצוות שהתורה חייבה לתת דבר לחבירו זה לא רק

שעבדיה בע"כ משעה שהגיע לידו ואפי' בלא קנין.

ועתה נבאר איך נתחייב שומר אבידה בתשלומים אם פשע. דבשלמא לפי מה שמצדד הקצוה"ח דבעי קבלת שמירה י"ל להתורה חייבתו לקבל שמירה כמו שומר דעלמא, אך אי נימא שנתחייב שמירה ע"י התורה אף בלא קבלת שמירה קשה היכן מצינו שהתורה שיעבדתו לשלם אם פשע. והנה בחידושי ר' אריה לייב מאלין סימן ע"ח הוכיח דחייב תשלומין דשומר חל ע"י התורה, דחזינן בב"מ צ"ד דהגמ' מקשה דכשמתנה שומר לשנות דינו הוה מתנה ע"מ שכתוב בתורה, ולפי"ז ביאר הא דשומר אבידה חייב בתשלומין הוא משום שהתורה הטילה חיובי תשלומין על שומר, וכיון שיש לו שם שומר חייבתו תורה בתשלומין.

ונראה לבאר באופן אחר, דהנה יש לחקור איך נתחייב שומר בתשלומין כשלא שמר, דאין לומר דנתחייב על שלא שמר - דלא יהא אלא כפועל שלא עשה פעולתו שדינו שלא יקבל שכר פעולתו, אך איך יתחייב בתשלומין. ונראה לומר בזה ב' מהלכים: מהלך א' הוא שהשומר מקבל ע"ע ב' חיובים, א', לעשות פעולת שמירה כמו כל פועל, ב', שאם לא ישמור ישלם. ואפש"ל באופן אחר, שעצם זה שהשומר מקבל על עצמו לשמור החפץ לבעלים בשביל שהבעלים יוכל לבוא לקחתו כל שעה מחייבו להעמיד דבר אחר כשהחפץ נאבד, דצריך להעמיד החפץ לבעלים, וכשאינו

אך קשה לפי"ז הא דכתב רש"י בההיא דאמר רבה הכישה נתחייב בה, שפי' 'צריך שיעשה בבהמה הכאה ע"מ להשיבה', וקשה למה צריך שיהיה דעתו להשיב - הלא התורה שיעבדתו לכך בע"כ. וכן קשה מלשון הרמב"ם פרק י"א מגזילה ואבידה הלכה י"ד, שכתב וז"ל: "וכן אם מצא בהמה והכישה נתחייב להטפל בה ולהחזירה, אע"פ שאינה לפי כבודו, שהרי התחיל במצוה". ומשמע מלשונו שנתחייב רק באופן שעשה הכאה ע"מ להשיב והתחיל במצוה, והרי נתבאר למעלה שהתורה הטילה עליו חובת שמירה ואי"צ שיעשה פעולה לכך. וי"ל, דרק משעה שעושה בה מעשה ע"מ להשיבה הוה מצוה דרמיא עליה ולא על אחרים, דכיון דהוא מטפל בה להשיבה אין צריכים אחרים לטפל בה, אבל כשעשה בה מעשה שלא ע"מ להשיבה עדין הוה מצוה דרמיא אכו"ע, שלא נפטר שום אדם מלהשיב ע"י שעשה בה אחד התעסקות בעלמא.

אולם בט"ז סימן רס"ג ס"ב כתב דאפי' שעשה בה מעשה בדרך התעסקות בעלמא כההוא עובדא דאביי דשקל קלא ג"כ נתחייב, ולדבריו תיקשי כנ"ל. ויל"ב דאף משעה שהוא מתעסק בה חשיב הגיע לידו, וא"צ אחרים להשיבה, והוה מצוה דרמיא עליה.

עכ"פ נמצינו למדים ג' דרכים, א' - דבעי קנין וקבלת שמירה, ב' - דקנין בעי וקבלת שמירה לא בעי, ג' - דרחמנא

מחמת פשיעתו יעמיד את החפץ ע"י שישלם תמורתו. והחילוק בין הקצוה"ח לנתיה"מ הוא דלדעת הנתיה"מ משעה שהפקידו הפיקדון אצלו חייב השומר את החפץ לבעלים, אבל לדעת הקצוה"ח כשנעשה שומר נתחייב להעמיד החפץ לבעלים, וכשנאבד החפץ מחמת פשיעתו נתחייב להעמיד החפץ ע"י שישלם.

ולפי"ז י"ל דהא דשומר אבדה נתחייב בתשלומין אם לא שמר הוא משום שהתורה ציותה לשמור, ומצות שמירה הוא שחייב החפץ לבעלים או שחייב להעמידו לבעלים, ובכלל זה הוא שאם נאבד החפץ מחמת פשיעתו יקיים חיובו ע"י שישלם דמיו לבעלים.

ועתה נבאר דין ספק שומר אבדה. הנה תוס' בב"מ (כ"ה ע"ב ד"ה ואם נטל לא יחזיר) כתבו דהמוצא חפץ שאין בו סימן במקום המשתמר קצת, ומסתפק אם החפץ נפל מבעליו ונתייאשו דאין לו סימן, או שהניחוהו שם ושכחו ועדיין לא נתייאש וכשייזכר יחזור לקחתו, דינא הוא שאם הגביהו לא יחזירו למקומו דנתחייב בשמירה מספק, לרבה הוה שומר חנם ולרב יוסף הוה שומר שכר. וקשה מאד דהא חיוב השמירה הוא חיוב ממוני, ובכל ספק חיוב ממוני הדין הוא המוציא מחבירו עליו הראיה, ואיך נוכל לחייבו מספק לשמור. וביותר קשה דבפשטות משמע מדברי התוס' דיש לו כל דיני שומר, ואם לא שמר כמו

בנמצא יעמיד החפץ ע"י שישלם תמורתו. ובעצם היה לו להתחייב בכל ההפסדים שיארעו לפיקדון, אלא שהתורה פטרתו לש"ח מגניבה ואבדה ולש"ש באונסים.

וכצד השני משמע בנתיה"מ סימן פ"ו ס"ק א', דנקט דבפיקדון איכא שעבודא דר' נתן משום שהשומר חייב את החפץ לבעלים. ומבואר דאין לו רק חיוב פעולת שמירה אלא דחייב החפץ לבעלים, ולכן צריך לשמור בשביל להשיבו לבעלים. ואפי' לדעת הקצוה"ח סימן פ"ו ס"ק ד' דנקיט דליכא בפיקדון שעבודא דר' נתן, דאין עליו חיוב ממון לבעלים אלא משעה שנאבד החפץ, וכן בסימן קצ"ח ס"ק ה' נקט דאין על שומר חיוב השבת החפץ לבעלים, מ"מ הרי חזינן בב"ק קי"ח דשומר שאינו יודע אם החזיר חייב לשלם דהוה כאיני יודע אם פרעתין, ומוכח דכל שומר חל עליו חיוב להחזיר החפץ ולכך כשאינו יודע אם החזיר חייב דהוה כאיני יודע אם פרעתין. דאם חייב רק לעשות פעולת שמירה למה הוה כאיני יודע אם פרעתין, הרי לא היה כאן שום חיוב ממון על השומר, ע"כ צ"ל דאף לקצוה"ח דסבר דליכא חיוב השבה ואין חייב החפץ לבעלים דליהוי עליה שעבודא דר"נ מ"מ חייב להעמיד החפץ לבעלים שיוכלו לקחתו, וכיון שאינו יודע אם העמיד החפץ וקיים חיובו הוה כאיני יודע אם פרעתין. כן ביאר שם במילואי חושן.

ועפי"ז י"ל, דבכלל חיובו להעמיד החפץ לבעלים הוא שאם לא יהיה החפץ

שמחויב מתחייב בתשלומין, ואיך נוכל לחייבו לשלם מספק.

והנה לפי מה שצידד בקצוה"ח ששומר אבידה צריך קבלת שמירה נראה ליישב, דכיון דבספק השבת אבידה אמרינן דספק דאורייתא לחומרא, - דהוה ספיקא דאיסורא וכמו שכתב הרא"ש ריש פרק אלו מציאות, - א"כ כמו דמחויב להשיב מספק ה"נ מחויב לקבל שמירה על עצמו מספק, דזה גופא מצות התורה - שיטלנו להשיב לבעלים ויחייב עצמו בשמירה, והוה ספיקא דאיסורא ואזלינן בה לחומרא. וממילא הוה ודאי שומר, ולרבה מתחייב בתשלומין כשומר חנם אם לא שמר כראוי, ולרב יוסף מתחייב כשומר שכר, דכיון שהוא ודאי שומר ומקבל שכר הוה ש"ש.

אך קשה, דאיתא בסימן רס"ג סעיף ב' גבי זקן ואינו לפי כבודו שמצא דבר בשדה, שאינו מתבייש להשיבו בשדה ומתבייש להשיבו בעיר, דהוה אבעיא דלא איפשטא בגמ' אם מחוייב להשיב בשדה, וכיון דנתחייב בשדה נתחייב אף בעיר, או דלא נתחייב כלל להשיב. ופסק המחבר שם דמחוייב להשיבו אף בעיר דספיקא לחומרא, ואף דמזלזל החכם בכבוד תורתו אין איסור בכך כדפסק המחבר בסעיף ג'. אבל הרמ"א פסק דיכניסנה מן השדה לעיר ויניחנה, דכיון דיש צד שאינו מחוייב להשיב הוה זלזול בכבוד תורתו ואסור לו להשיב, וכמו שפסק הרמ"א עצמו להלן בסעיף ג' דאסור לחכם להחמיר על עצמו.

והק' הט"ז על הרמ"א, כיון שנתחייב בשדה איך יכול להניחו בעיר. ותי' דכיון שיש תועלת לבעלים בהכנסת האבידה לעיר כיון דמשתמרת שם יותר, א"כ מה שעושה הוא לפנים משורת הדין. והנה מלבד מה שתי' הט"ז צריך ביאור, קשה מה שהקשה שאין יכול להניח בעיר כיון שנתחייב בהשבה בשדה, והרי הוא רק ספק אם נתחייב, וכיון דאיכא ספק זלזול בכבוד התורה למה אין יכול להניחו. ואין לתרץ דהט"ז סבר דצריך קבלת שמירה, ובספק מחויב לקבל שמירה על עצמו ולכן נעשה ודאי שומר, דהט"ז עצמו כתב בסעיף זה שזקן ואינו לפי כבודו שעשה התעסקות בעלמא באבידה בלא כוונה להשיב מתחייב בהשבה, ועל כרחק דא"צ קבלת שמירה.

עוד קשה דהמחבר שם פסק דזקן שמצא בהמה והכישה נתחייב בה כיון שהתחיל במצוה, וכתב הט"ז דממה שסיים המחבר טעמו "שהרי התחיל במצוה" משמע שאף המוצא כלים דינו הוא דכיון דהגביה נתחייב כיון שהתחיל במצוה. והקשה, דבב"ב פרק הספינה דחינן דהא דהכישה נתחייב בה הוא רק בבהמה הוא מטעם דאנקטה ניגרי ברייתא, אבל בכלים לא נתחייב אף שהתחיל להשיב. ותי' הט"ז דהגמ' נסתפקה אם הטעם הוא משום דאנקטה ניגרי ברייתא או משום דהתחיל במצוה, והגמ' בב"ב דוחה דשמה הטעם הוא משום דאנקטה ניגרי ברייתא. אך אכתי הוה ספק, ולכך נקט המחבר הטעם כיון שהתחיל

במצוה, לומר דאזלינן לחומרא ובכל דבר שהתחיל להשיבו נתחייב בהשבה לבעלים. וקשה, דבשלמא לדעת המחבר אתי שפיר דסבר דליכא פגם בכבוד התורה במה דאזלינן לחומרא, אבל לדעת הרמ"א שפסק בסעיף ג' דאסור לחכם לזלזל בכבוד תורתו ולהשיב אבידה לבעלים א"כ איך נוכל לחייבו מספק לגמור ההשבה כשהגביה כלים.

עוד קשה, דבסימן רס"ז סעיף ט"ו פסק הרמ"א דשומר אבידה הוה ספק אי דינו כש"ח או כש"ש, וכתבו הסמ"ע והש"ך שם דנ"מ דאי תפס מיניה בעל האבידה לא מפקינן מיניה. ומוכח דספק ש"ש פטור מלשלם כדיני ש"ש, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אלא דתפיסה מהני. וא"כ למה פוסק הט"ז בזקן ואינו לפי כבודו באופן דהוה ספק שומר אבידה דאין יכול להניח האבידה - אף שיש זלזול בכבוד תורתו כיון דנתחייב בשמירה, והרי המוציא מחבירו עליו הראיה.

ונראה לבאר בדעת הט"ז ע"פ מה שכתבנו בשם הגר"ח, דע"י ציווי התורה לשמור חל חיוב ממוני לשמור, ולפי"ז י"ל דגם במקום שיש ספק אם חייב לשמור או לא ומחייבין ליה לשמור מטעם דספק דאורייתא לחומרא, חל שעבוד ממוני לשמור כיון שחייב לשמור מספק. ולא מיבעיא לדעת הסוברים דספק דאורייתא לחומרא מדאורייתא דנמצא שיש עליו דין התורה לשמור, והדין עושה שעבוד ממוני כמו בכל

חיובי התורה, אלא אפי' אי נימא דספק דאורייתא לחומרא מדרבנן י"ל דכיון דחז"ל חייבוהו לשמור שיעבדו אותו לכך. ולפי"ז יתבאר קושית הט"ז ותירוצו אהא דדרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזירו בעיר כמין חומר, שקושייתו היא דכיון דמחייבין ליה להכניסו לעיר נעשה שומר בוודאי כיון שיש עליו דין לשמור, וא"כ איך יכול להניחו בעיר. וע"ז מתרץ דגדר החיוב שחייבוהו להחזירו לעיר אינו חיוב גמור, דאם נחייבו בחיוב גמור נמצא שלא יוכל להניחו בעיר כיון שנתחייב ונעשה שעבוד ממוני ואיכא זלזול בכבוד תורתו, אלא שחייבוהו לעשות לפניו משורת הדין, ולכך לא חל עליו שעבוד ממוני ויכול להניחו בעיר. וא"ש נמי מה שכתב דזקן ואינו לפי כבודו שהגביה כלים נתחייב בשמירתו מספק, וחייב בהשבה אף שיש זלזול בכבוד תורתו, דכיון דיש דין ספק דאורייתא לחומרא נתחייב בשעבוד ממוני, ואין לו להניחו אף שיש זלזול בכבוד תורתו.

ומה שפסק הרמ"א דכל שומר אבידה הוה ספק ש"ש ואין מחויב לשלם כש"ש ורק תפיסה מהני, היינו משום דנקטינן דמה שנעשה ש"ש אינו חיוב התורה אלא משום פרוטה דרב יוסף, וכיון דיש ספק אי פרוטה דרבי יוסף חשיב שכר או לא חשיב שכר כיון שלא שכיחי הוה ספק אם מקבל שכר על שמירתו, ובזה אין דין דספק לחומרא, דהוה כספק ממוני גרידא.

הרב יוחנן לובין

בטעם שהחצר צריכה להיות משתמרת, ובעומד בצידו אם צריך שיהיה משומר

איתא בשו"ע סי' רס"ח ס"ג: חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר. במה דברים אמורים בחצר המשתמרת, אבל בחצר וגינה וכיוצא בזה, אם היה עומד בצד שדהו ואמר זכתה לי שדי זכה בו, ואם אינו עומד שם או שעומד ולא אמר זכתה לי שדי כל הקודם בה זכה. וברמ"א שם פליג וסובר דסגי בעמידה בצד שדהו וא"צ אמירה.

ומקור הדברים במשנה ב"מ (יא.), ראה אותם רצים אחר המציאה וכו' ואמר תזכה לי חצרי זכתה לו. ואמרו ע"ז בגמ' אמר רב יהודה אמר שמואל והוא שעומד בצד שדהו וגו' וכן אמר עולא והוא שעומד בצד שדהו, וכן אמר רבה בר בר חנא והוא שעומד בצד שדהו. והא דאמר ר' יוסי בר חנינא חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, היינו רק בחצר המשתמרת.

ויש לדון בטעם הדבר דבעינן משתמרת, ומאי מהני עומד בצידה כשאינה משתמרת, והנפק"מ בין הטעמים.



א הנה מסברא היה נראה לומר דפשיטא דבעינן שישתמר ברשותו, כיון דכל ענין קנין חצר הוא דהחפץ נכנס לרשותו ולשליטתו, וכשאינן החפץ נשמר בחצירו אזי אינו נחשב שמונח ברשותו. ולפי"ז הא דמהני עומד בצד שדהו, הוא מטעם דעי"ז הוא משמר את החצר ונחשב בשליטתו.

ב אמנם מדברי הראשונים (רא"ש ור"ן) חזינן דפירשו דאין חסרון מטעם זה, אלא משום דהוי דין מיוחד בשליחות או יד, וכדלהלן. וצריך ביאור מאי טעמא לא סברו הראשונים מהאי חסרון בפשיטות דאינו נחשב שמונח בחצירו.

וכן משמע מדברי השיטה בשם רבו, דהקשה על הא דאמרין בגמ' ומנא תימרא דבאינה משתמרת בעינן עומד בצד

וכן נראה גם מדברי האבנ"מ (סי' קל"ט סק"ג), שהוכיח מתוס' דאם זורק דבר לחצר חבירו והדבר עומד מעל המחיצות, אף דוראי סופו לנוח ואין אדם יכול לקחתו משם נחשב שאינו משתמר, דכל משתמר מחמת גובהו ה"ל משתמר לעצמו ולא לדעתו. ומוכח מכאן כיסוד הנ"ל, דאע"ג דמשתמר לגמרי, כיון דלא הוי שימור שלו לא מהני.

ג] כתב הרא"ש, שחצר שאינה משתמרת אם אין עומד בצידה במציאה לא קני, דאי אפשר להיות מטעם שליחות. דאנן סהדי שאין אדם רוצה שיהיו חפציו ביד שליח שאין משתמר בידו, הלכך בעינן דומיא דיד בסמוכה לו.

ולכאורה נראה מדברי הרא"ש דכל החסרון דאינה משתמרת הוא רק בשליחות, ועומד בצידה מהני דהוי כידו.

וכן נראה מדברי הרמ"א סימן ר' ס"א דכתב דעומד בצידו מהני רק בעומד בתוכו, ולא בעומד בצידו מבחוץ. ומקור הדבר במגיד משנה (גזילה יז') שכתב דיש אומרים דבעינן דווקא בתוך שדהו, ולמדו כן מהא דאמרו בעירובין (צב:) גבי גט דאם האשה עומדת בחצר קטנה והגט מצוי בחצר גדולה הסמוכה לה, כיון דאין הגדולה בטילה

הנה נתבאר בגמ' (גיטין ע"ח ובתוס' ב"ק יב.) דעבד קונה לרבו מדין חצר רק אם הוא כפות וישן. ומבואר בגמ' דכפות בעינן כדי שלא יהיה חצר מהלכת, וישן בעינן דאל"ה אינו משתמר לדעתו דבעל העבד, ולא יהני אפי' יעמוד האדון בצד עבדו. ולכאורה למה בעינן דיהיה גם ישן, הרי כיון שהוא כפות אינו יכול לגרע לשמירת האדון.

ולכאורה מוכח מכאן דלא סגי בהא דמשומר, אלא בעינן שהחצר תשמר בשביל האדון, ובעבד כיון דיש לו דעת השמירה היא לעבד ולא לאדון. ולכאורה במשומר שלא לדעתו אין החסרון דאינו נחשב כמונח ברשותו, דכיון דהוא מונח ברשות העבד והוא כפות הרי הוא משתמר אצלו, אלא דכיון דהוא ברשות העבד אין תכלית ומטרת שמירת מקום זה לאדון, ולכן לא קנה. וכן הוא לשון הרא"ש בגיטין (פ' הזורק ס"ח), "ולי נראה דאע"ג דידי ורגליו כפותות וקשור בחבל והיא אוחתו בידה, כיון דניעור ויש לו דעת לעצמו חשיב חצר המשתמרת שלא לדעתה" עכ"ל. והאי דינא דבעינן מקום שיעוד שמירתו בשביל האדון מסתבר דהוי דין ביד או בשליחות וכמו שכתבו הראשונים, וכדלהלן.¹

1 אף עדיין צ"ב למה לא יהני מדין שליחות - דהעבד יהיה שליח לשמור החצר. ובחידושי הגרש"ש כתב דאפשר לומר דחצר שיכול האדון לשלוח מי שירצה שישמור בעבורו נחשב שמשתמר לדעתו, משא"כ בעבד דיכול להשתמר רק לדעת העבד עצמו מיגרע גרע. [ויעוין בקצוה"ח ס"י קה סק"ה דכתב דלא מהני כלל שליחות לשמור החצר דהוי חב לאחרני, אמנם לכאור' לפי"ז במקח וממכר דלא שייך האי טעמא יהני שליחות לשמור החצר].

לקטנה אינו נחשב שעומדת בתוך החצר. ובפשטות הטעם הוא, דבגט בעינן שתעמוד בצידה דליהוי כידה, שהרי בגט לא מהני שליחות (כמבואר בב"מ יב.), וכדי דליהוי דומיא דיד הצריכו שתעמוד דוקא בתוכו. ומדכתבו הרמ"א והרה"מ דבקנין נמי בעינן שיעמוד 'בתוך' החצר מוכח דבעינן שיהיה דומיא דיד.²

[ד] ולדרך זו מסתבר דבעומד בצד שדהו א"צ שישמר החצר ע"י עמידתו שם, אלא דכיון דעומד שם והוי דומיא דידו מהני אפי' אינו משומר.

וב"כ בתו"ח וז"ל, "וטעמא דבעינן שיעמוד שם לאו משום דאז משתמרת על ידו, דא"כ שדה גדולה כמה מילין מאי איכא למימר, אלא טעמא משום דאז אלים קניית שדהו טפי, דכשעומד שם שדהו כגופו דמי". עכ"ל.

וכן כתב גם בדרישה (סי' רמג סכ"א) וז"ל: "עד שיהא עומד בצידו. פירוש, שאז אע"פ שאינו משומר בעמידתו שם וליכא שליחות, מ"מ זוכה מטעם יד דסמוכה לו". עכ"ל. וכן משמע גם בסמ"ע (סי' רסח סק"ג) לגבי קנין ד' אמות וז"ל, "חז"ל נתנו דין חצר שלו דקונה לאדם כשעומד בצידו אע"פ שאינו משומר, מדין יד הסמוכה לו". עכ"ד.

[וכן מדויק קצת מדברי הפרישה סי' רס"ח גבי עומד בצד שדהו, דאמרו בגמ' דבעינן שיהיה רץ אחריו ומגיעו. וכתב הפרישה, "דלא סגי בהא דרץ אחריו ומגיעו, אלא בעינן גם שיעמוד בצד שדהו. דבעומד ברחוק אף שיכול לרוץ ולהגיע, מ"מ כשלא רץ אין שם חצר המשתמרת עליו" עכ"ל. ואולי כונתו דכיון דאין משתמר ע"י עמידתו שם בעינן שיעמוד בתוך חצרו שיהיה דומיא דידו, ואז יהני אפי' אינה משתמרת ע"י עמידתו שם. אמנם דבריו מחודשים, דבפשטות כיון דיכול לרוץ נחשב כחצר המשתמרת, ויעויין לקמן ביאור אחר בדבריו].

אמנם איכא מבוכה בשיטת הסמ"ע, דבהמשך הסימן (סק"ג) כתב על הא דבאינה משתמרת מהני עומד בצד שדהו וז"ל: "כבר כתבתי דכל העומד בצד שדהו ה"ל החצר שלו כידו, וקונה לו הדבר הניתן בידו וכו'. דהרי הוא משומר ע"י עמידתו שם". וכן בסימן ר' (ס"ק א') כתב דבעינן חצירו דומיא דידו ושלוחו שהם משומרים לדעתו, וכמו"כ בדרישה באבה"ע (סי' קל"ט ס"ק ד') משמע בפשטות דבעינן שישתמר ע"י עמידתו שם יעו"ש וצ"ע.

ושמעת לדייק מדברי הרמב"ם (גזילה ואבידה פט"ז ד'), שכתב לגבי המוצא מעות בחנות דעל התיבה הרי אלו

2 וגם דעת החולקים דא"צ דוקא בתוך שדהו כתב בביאור הגר"א דסברי כשיטת התוס' שם דגם בגט א"צ דווקא בתוך החצר, ונחשב דומיא דיד אפי' בסמוכה.

ובנתיבות (ר' ס"ק ג') כתב דמוכח מדברי הרא"ש דשליח הוי רק היכא דמשתמר מחמת עצמו, דאז הוי דומיא דשליח שמשומר בעצמו, אבל בחצר שאינה משתמרת ועומד בצידיה ומשמרה מהני רק מדין יד.³

אבל אי נימא הכי קשה, שהרי הרא"ש פסק כשיטת הרי"ף דחצר דגברא הוי רק מטעם שליחות, וא"כ איך יהני בגברא עומד בצד שדהו. וכן קשה מדברי הרא"ש דכתב שם בסמוך דבדעת אחרת מקנה לא בעינן משתמרת, כיון דשמירת הנותן חשובה לו כשמירתו, וכתב שם להדיא דמהני מדין שליחות ואע"ג דאין החצר משתמרת מצד עצמה.

[אכן] בנתיבות עצמו נתקשה בזה, בפתיחה לסימן ר', ובס"ק ב' שם, ומחמת הכרח קושיא זו נדחק מאוד דגם הרי"ף מודה דחצר דגברא בעומד בצידי הוי מדין יד, וכן נדחק גבי דעת אחרת מקנה דמיירי דמונח במקום המשתמר יעו"ש].

והנה בפלפולא חריפתא כתב בפשיטות דהא דכתב הרא"ש דבעומד בצידי הוי יד היינו באיתתא, אבל בגברא יהני מדין שליחות יעו"ש. ולפי דבריו צ"ב מאי טעמא ביאר הרא"ש דבעומד בצידי הוי יד - שטעם

שלו, וז"ל: ולמה לא תקנה החנות לבעל החנות, לפי שאינה חצר המשתמרת, ואע"פ שבעל החנות בתוכה צריך לומר תקנה לי חצרי וכמו שיתבאר עכ"ל. ולכאורה צריך ביאור למה הוצרך הרמב"ם לומר דבעינן אמירה, הא בלאו הכי אינה קונה לו כיון דאינה משתמרת - אפי' לסוברים דא"צ אמירה. ונראה בדבריו כיסוד הנ"ל דהיכא דעומד בצד שדהו א"צ שישתמר, ולכן כתב דאינה קונה לו כיון שאינה משתמרת, ואפי' שבעל החנות בתוכה וא"כ א"צ שישתמר, אפ"ה אינה קונה לו כיון שבאינה משתמרת צריך אמירה וליכא.

ובפשטות משמע כן מדברי השו"ע, מדלא הזכיר כלל דבעינן שישתמר ע"י עמידתו שם אלא כתב דחצירו קונה לו או במשתמרת או בעומד בצד שדהו.

וכן כתב המחנ"א (חצר ב'), דלדעת הרא"ש אפי' שלא מדעתו קני ליה כל שעומד בצידי, והא אם אינו יודע שהחפץ שם הרי אינו משמרו. אע"כ כמשנ"ת, דבזה שעומד שם לחוד סגי.

והנה בדברי הרא"ש קשה, למה הוצרך לומר דכשעומד בצידי הוי מדין יד, הא בלאו הכי כיון שעומד בצד החצר הרי הוא משמר ע"י עמידתו שם, ולמה לא יהני מדין שליחות.

3 ויעוין בנתיבות סימן ר"ב ס"ק ה' דחזר בו וכתב דמהני גם שמירה מבחוץ, דאל"ה איך מהני בעבד ובבהמה כפותה, דאין מסתבר דעומד עליהם.

זה נכון רק באיתתא, ולא כתב טעמא דשליחות דמהני בתרויהו.

שיאמר תזכה לי חצרי, דדילמא אינו עומד שם על דעת לשמור.

ולכא' אי נימא כיסוד הנ"ל דהיכא דהוי מדין יד מהני אפי' אין משתמר ע"י עמידתו שם, אפשר לפרש דהרא"ש נקט לרבנותא, דמהני מדין יד ואפי' אין משתמר על ידו. ועדיין צ"ע.

וכן נקט ג"כ הנתיבות (ר' ס"ק ג') שכתב וז"ל: אלא ודאי דמטעם יד קנה, ומכ"מ בעינן ג"כ שיהיה משומר ע"י, דבלא"ה לא הוי דומיא דידו, דידו ג"כ משתמר הוא, ומש"ה אם היה השדה גדולה ומונח בצד האחר שאינו משתמר ע"י שם לא קנה.

ה] אכן דעה זו מחודשת ביותר, ונתבאר ברוב הראשונים דסברי דאפי' בעומד בצידה מהני רק אם משתמרת על ידו, כיון שגם דומיא דיד הוי רק היכא שמשתמרת, וכן כתב רש"י (ב"מ יא.) אי עומד בצד שדהו אין, 'דעכשיו היא משתמרת על ידו'.

ולכאורה יש להוכיח כן מפשטות הגמ', דהקשו על הא דאמרינן דבעינן עומד בצד שדהו מהא דאמר רבי יוסי בר חנינא דחצר קונה שלא מדעתו. ויש להבין מאי קושיא - דלמא עומד בצדו בעינן, אבל דעתו לא בעינן. אלא מוכח מכאן, דכל שלא מדעתו הוי כמו אינו עומד בצד שדהו⁴.

וכן מוכח מהא דאמרו בגמ' (גיטין ע"ח:) דאם נתן הגט ביד האשה כשהיא ישנה לא מהני. וביארו הראשונים (הרשב"א, הריטב"א, הר"ן והמיוחס לריטב"א) דכיון דהאשה ישנה אינו משתמר הגט. מוכח מדבריהם שגם בידה ממש בעינן שיהיה משתמר.

והר"ן הוכיח כן מהא דאמרו בגמ' דאם שכחו פועלים עומר בשדה וזכרו בעה"ב, אם עומד בצד שדהו קונה בה אבל אם הוא בעיר אינו קונה דהוי חצר שאינה משתמרת. והקשה הר"ן, דאף אם לא זכר כשהיה בשדה, כיון שעומד בצד שדהו תקנה לו שלא מדעתו. אלא מוכח דכל עומד בצד שדהו קונה רק אם דעתו עליו ומשמרו.

וכן כתב להדיא בשיטמ"ק בשם רבו, דלא אמרינן דזכתה לו שדהו אלא בזמן שהוא יודע שיש בה מציאה, אבל אם אינו יודע - מה יועיל עומד בצד שדהו, ילך לו ויניחנה. וכן הביא שם בשם הר"ש די וידאש דבאינה משתמרת ועומד בצד שדהו בעינן

וכן מוכח ברא"ש שכתב גבי הא דמצא בחנות הרי אלו שלו, וז"ל: "וחצירו לא קנתה לבעל החנות כיון דאינה משתמרת, ואפילו איתיה בחנות לא מהני עומד בצד

4 ויעוין במהדו"ב דאכן נסתפק אי ריב"ח איירי גם באינו עומד בצידו, או רק בעומד בצידו אבל שלא מדעתו יעו"ש.

חצירו אלא היכא דמצי לשומרו ויכול לעכב שלא יטלהו אחרים, אבל הכא כיון דלא ידע דאיתיה שם ורבים מצויים שם לא קניא ליה חצירו". עכ"ל. הרי מפורש שגם בעומד בצד שדהו מהני רק אם משמר .

וכן הוכיח בגר"א (אהע"ז קל"ט א') מהא דאמרו בגמ' דאפי' עומד בצידו אם רץ אחריו ואין מגיעו אינו קונה, וכן דבעבד אינה מתגרשת רק בכפות וישן אע"ג דעומדת בצידה.

ולכאורה גמרא מפורשת היא בגיטין בפרק הזורק (דף ע"ט.) דאיתא התם בזרק גט לאשה ונח ע"ג קנה בחצירה, דאינה מגורשת כיון דלא מינטר. ופירש רש"י שם (ד"ה אבל) וז"ל: "דרמי ליה זיקא חוץ למחיצות, וטעמא דגיטא משום חצר המשתמרת הוא דומיא דידה, והא לא מינטר" עכ"ל. ובגט הרי ודאי מתגרשת רק מדין יד ומוכח שגם כדי שיהיה דומיא דיד בעינן משתמרת.

וכן כתב להדיא בריטב"א בשם הרמ"ה (גיטין עז:) בשיטת עולא דבעינן עומדת בצד שדהו, וז"ל: "ומסתברא דעולא תרתי בעי, סמוכה, והוא דמשתמרת לדעתה". עכ"ד.

וכן מוכח מדברי הרמב"ן (שם עה.), שהביא דעת הסוברים דכדי לקנות ע"י עבד סגי

שיהיה כפות, דכיון דכפות אע"ג דאינו ישן הרי הוא משתמר לדעת האדון, והקשה עליהם וז"ל: "דאטו אשה כפותה מי לא מגרשה בין בידה בין בחצרה שאינה משתמרת אלא משום שעומדת בצד חצרה". עכ"ל וכונתו דודאי אם האשה עומדת בצד חצירה שאינה משתמרת, אפי' אם היא כפותה חשיבי החצר משתמרת לדעתה, וא"כ ה"ה בעבד אפי' אם הוא כפות נחשב משתמר לדעתה, ומדבריו מוכח דבעינן שהחצר תשתמר על ידי עמידתה שם, שהרי הוכיח מכך שגם כפותה נחשב שמשתמרת החצר.

[ו] אבל נראה שאין כל ראיות אלו מוכרחות, דאפשר לדחות כדלהלן. דגבי חנות וכן גבי צבי רץ כדרכו ואין מגיעו, איכא למימר דאיכא תרי טעמא להא דבעינן משתמרת, א. דליהוי דומיא דשליחות, ב. דאל"ה אינו נחשב כלל כמונח ברשותו, ולכן אף דמוכח מדברי הראשונים דהא דבעינן משתמרת הוא כדי דליהוי דומיא דשליח, ולכן בעומד בצידה כתבו האחרונים דכיון דהוי דומיא דיד לא בעינן שישמר, מכ"מ בחנות שרבים מהלכין בה או צבי שרץ אחריו ואין מגיעו, דאינם נחשבים כלל כ'מונחים בחצירו' בעינן שישמר דאל"ה לא שייך שיקנה כיון שאינם כלל בשליטתו, ולכן אף בחצר מדין יד בעינן משתמרת באופנים אלו.⁵

5 ויעוין ברשב"א שכתב דחנות הוי כרה"ר ולכן לא מהני עומד בצידו, ולכאורה כונתו ג"כ כך.

ואפשר להביא תרי ראיות לזה, דהנה דעת המחבר (ר' ס"ג) דלהלכה גם בדעת אחרת מקנה בעינן חצר משתמרת ודלא כרב פפא, אמנם קשה דגבי צבי שרץ אחריו ואין מגיעו נפסק בשו"ע (רס"ח ס"ד) דמהני דעת אחרת מקנה ואע"ג שאינו משתמר בחצר, ותירץ הגרעק"א דסבר דאם בעצם החצר משתמרת אף אם רץ אחריו ואינו מגיעו ואינו משתמר לדבר זה מ"מ כיון שלדבר אחר שנח בחצר הוי משתמר מהני דעת אחרת מקנה, אבל אם החצר בעצמותו אינו משתמר לא מהני דעת אחרת מקנה, וצ"ב מה מועיל מה שהחצר משתמרת לשאר דברים הרי לחפץ זה אינה משתמרת.

וכן קשה בדברי הנתיבות הנזכר לעיל, שפירש דחצר מטעם שליחות הוי רק אם משתמר מחמת עצמו, דאל"ה לא הוי דומיא דשליח, ונתקשה לפי"ז במה שכתב הרא"ש בדבדעת אחרת מקנה לא בעינן משתמרת דשמירת הנותן חשובה לו כשמירתו ומהני מדין שליחות, ואע"ג דאינה משתמרת מחמת עצמה, וקשה דהא לא הוי דומיא דשליח, ותירץ דהא דמהני שמירת הנותן מיירי אכן בחצר המשתמרת, אך הפירות מעורבין אם פירות המוכר ולכן נחשבת כאינה משתמרת, ולזה מהני שמירת הנותן, ויש להקשות עליו בתרתי, א. דלפי מה שביאר שרק משתמר מחמת עצמו הוי דומיא דשליח למה לחסרון זה שהפירות מעורבין בפירות המוכר מהני אע"ג דאינה משתמרת מצד עצמה, ב. הא מבואר בגמ'

להדיא דמהני שמירת הנותן גם בצבי שרץ אחריו ואין מגיעו.

וצריך לומר דחצר המשתמרת לכל דבריה, אף אם לחפץ מסוים אינה משתמרת אפ"ה נחשבת דומיא דשליח, אך עדיין איכא חסרון שמאחר שאין החפץ בשליטתו אין זה 'מונח' בתוך החצר ולזה לא מהני מה שהחצר משמר שאר החפצים, שהרי 'חפץ זה' אינו מונח בחצירו, ולכן בעינן שיהיה משתמר גם לחפץ זה, ובזה חילקו הראשונים דלחסרון זה שאינו נחשב כמונח בחצירו סגי ב'דעת אחרת מקנה'.

וכן בדברי הנתיבות איכא למימר שאם החצר משתמרת כלפי כל העולם אף אם נגד המוכר אינה משתמר הוי דומיא דשליח, דוגמת מה שמצינו לשיטת שאר הראשונים לעיל שאע"ג שלחפץ זה אינו משתמר עדיין נחשב 'חצר המשתמר' כיון שלשאר החפצים משתמר, כמו כן י"ל בדעת הרא"ש שאע"ג שכלפי המוכר אינו משתמר מ"מ נחשב ל'חצר המשתמרת' כיון שלגבי כל העולם משתמר, אמנם עדיין איכא חסרון שאינו נחשב כ'מונח' בחצירו שסוכ"ס הרי לגבי המוכר אינו משתמר, ובזה מהני 'שמירת הנותן', ואע"ג שלגבי חסרון דשליחות כתב הנתה"מ שלא מהני שמירה חיצונית, אבל לגבי חסרון זה וודאי מהני, שהרי למעשה אינו יכול לברוח מהחצר והוי שפיר 'מונח', ואתי שפיר ג"כ דמהני דעת אחרת גם בצבי שרץ אחריו ואין מגיעו כיון שהחצר

ויעוין שם בט"ז דפליג וסובר דסגי שמשתמר ע"י המחיצות, אבל הגרעק"א (תניינא צ"ב) כתב לדינא כפשטות דברי הב"י דלא מהני שמירת המחיצות. אמנם יעוין בתורת גיטין דכתב לדחות דהב"י איירי בחצר שאינה מוקפת מחיצות, ולכן צריך שיהיה משתמר על ידו.

ונמצא דשיטת רובא דהראשונים ופסק השו"ע הוא דלא כדברי האחרונים דלעיל דבעומד בצידה א"צ שישתמר, אלא בעינן ג"כ שיהיה משתמר על ידו.

ויעוין במקנה (קו"א ל' ס"ק ט"ו) שהביא דברי התו"ח שאין צריך שישמר ע"י עמידתו שם, והקשה עליו דדבריו סותרים לב"י בסימן קל"ט שהובאו לעיל. ועי"ש שתירץ דהטעם שהובא דין זה בשו"ע רק באה"ע ולא בחו"מ הוא משום דגט דהוי בעל כרחא בעינן גם משתמרת, אבל במקח וממכר דלא מהני בע"כ סגי בעומד בלא שישתמר. וצ"ב מאי טעמא דאם מהני בע"כ בעינן גם משתמרת וצ"ע.

ח ולכאורה למאי דאמרן שגם בזכייה מדין יד בעינן משתמרת, הדרא קושיא לדוכתא, למה הוצרך הרא"ש לומר דהיכא דעומד בצד שדהו הוי כידו, תיפוק ליה דהוא משתמר ע"י עמידתו שם. וכן קשה על דינא דהרמ"א דבעינן שיעמוד בתוך החצר, למה

משתמרת לשאר החפצים והוי דומיא דשליח, וכל החיסרון שאין הצבי מונח בחצר, ולחיסרון זה מהני שמירה חיצונית של הנותן כמו שנתבאר.⁶

ומה דקשה מעבד איכא למימר דמסתבר דהיכא דהשמירה היא עבור אחר גרע טפי. ובנח ע"ג קנה בחצירה, אפשר לתרץ לפי דברי הרשב"א שם דנראה שפירש דכיון דנח על דבר קטן ובקל יכול הרוח לנתקו מעליו, אינו נחשב כלל כמונח, ואינה מגורשת כיון דהוי אור שאין סופו לנוח. וכן באשה ישנה פי' הרא"ש שם דאינה מגורשת דנחשב שאין לה דעת כלל, ולא מטעם דאין ידה משתמרת.

ז אמנם כן נפסק שם בשו"ע (אבה"ז סי' קל"ט ס"א) וז"ל, "במה דברים אמורים כשהיא עומדת בחצירה והוא משתמר לדעתה". וכתב שם הב"י וז"ל: "פשוט הוא. דכיון דמידה גמרינן, מה ידה דמשתמר לדעתה אף חצרה המשתמרת לדעתה, לאפוקי אם הוא חצר גדול שכשהיא עומדת במזרחו אין מערבה משתמר לדעתה" עכ"ל. ודייקו שם מדבריו עוד יותר, דאפילו חצר מוקפת מחיצות, אם משתמרת רק ע"י המחיצות אבל האשה אין יכולה לשמור את כל החצר לא מהני, דכדי שייחשב דומיא דידה צריך שהיא תשמר ולא המחיצות.

6 אמנם חילוק יש ביניהם לדעת הגרעק"א כך סבר רב ירמיה, אבל רב פפא חידש דמהני אף אם אינה משתמרת כלל, ולדעת הנתיבות גם לדעת רב פפא מהני רק במשתמר בעצם.

לא מהני שמירתו מבחוץ ויקנה מדין שליחות.

והנה לתרץ דברי הרמ"א יתכן לומר, ובהקדם דברי הפרישה שהובאו לעיל שכתב שגם ברץ אחריו ומגיעו צריך שיעמוד בצד שדהו דאל"ה אין על החצר שם משתמר. ונראה דכונתו לומר שגם בשביל שיחשב כמשתמר בעיני עומד בצד שדהו ולא מהני שמירתו מרחוק. דאע"ג דמשומר בעינין שיהיה שם משתמר, וה"נ אפשר לומר כאן, שכדי שיהיה 'שם משתמר' צריך ג"כ שיעמוד בתוך שדהו ולא בסמוך. אבל זה דבר מחודש דאיכא תנאי שיהיה 'שם משתמר', ונסתר ג"כ מדברי הדרישה עצמו שכתב דבעומד בצידו אין צריך כלל שישתמר וכנ"ל וצ"ע.

ולתרץ דברי הרא"ש צריך לומר כדברי הנתיבות דלעיל, דאם אינה משתמרת מחמת עצמה לא מהני מטעם שליחות, ואפשר להוסיף ביאור ע"פ דברי הרא"ש בגיטין, דהקשה על הא דאמרו דדוקא אם העבד כפות וישן מתגרשת, מאי שנא חסרון דמהלך דאפי' כשאין מהלך אמרינן דכיון דהוא בר הילוך לא מהני - ובעינין כפות, ה"נ כיון דכשהוא ניעור הוי משתמר שלא לדעתה מה מהני כשהוא ישן. ותירץ וז"ל: "אלא בהכי תליא מילתא, דהאי דבעינין דלא ליהוי חצר מהלכת משום דדומיא דידו בעינין וכו', אבל הא דבעינין חצר המשתמרת לדעתה לאו גזירת הכתוב

משום דבעינין דומיא דידה וכו' אלא מילתא דתליא בסברא הוא, דאין אדם רוצה שיהיו חפציו מונחים אלא במקום המשתמר לדעתו" עכ"ל. ולכן ביאר דלזה סגי שיהיה עכשיו משומר אע"ג דכשהוא ניעור אינו משומר.

ומדאיתא להכא, שגם בחצר מטעם יד וגם בחצר מטעם שליחות נתבאר בדברי הרא"ש דהוי סברא דאין אדם רוצה שיהיו חפציו במקום שאינו משתמר, אפשר לומר שמ"מ חלוקים הם בגדרם, דבשליחות מסתבר שכל ענין השליחות שיעשה השליח 'במקומו', אבל אם הוא צריך לשמר את השליח אין זה 'שליחות'. אבל בחצר משום יד אף אם הוא צריך לשמר את החצר אין זה חסרון, שהרי גם היד עצמה אינה משתמרת רק מכוחו, ולכן כתב הרא"ש דכשעומד בצד שדהו אין זה שליחות כיון שהוא צריך להשתתף במעשה השמירה, אבל הא מיהא מהני משום יד, וזהו גם ביאור דברי הרמ"א שצריך דוקא עומד 'בתוך' שדהו.

ט והנה כל ספיקא דילן אם בעומד בצידו בעינין שישמר הוא רק בדעת הראשונים שביארו דאינה משתמרת הוי חסרון בשליחות, ועומד בצידו מהני מדין יד, ואיכא למימר דנחשב כיד אפי' היכא דאין משומר. אבל לר"ן איכא שיטה מחודשת בסוגיין, שכתב שכל חצר משתמרת הוי מדין יד, "כי כן דרך האנשים שכל מה שמגיע לידו וחפץ בו בחצר המשתמרת הוא נותנו". וסובר

דבמתנה דאיכא שלוחו של בעל הממון מהני גם בחצר שאינה משתמרת - מדין שליחות, יעוש"ד. ולפי דבריו ודאי דמהני עומד בצד שדהו רק כשמשמרו, דידו נחשב רק מקום משומר שמניח שם חפציו, וכ"כ בגיטין (עח.) דאין מועיל עומד בצד שדהו בישן כיון שאין משתמר.

אבל קשה דשם בדף ע"ז: כתב הר"ן בשם הרשב"א דבעומדת בצד חצירה וזרק שם שלא מדעתה אפשר דמגורשת, ולכאורה

אם הוי שלא מדעתה אינה משמרת אותה, ואיך מהני.

ואפשר לפרש ע"פ דברי האבנ"מ (ס"קל"ט ד') שכתב דודאי עומד בצידו מהני אפי' עומד ברחוק ואינו מוחה בחוזק יד, אלא כיון דעומד בצידו תו לא אתי גנבי. ולפי"ז גם שלא מדעתה מ"מ לא אתי גנבי. אך עדיין צ"ע מדברי הר"ן גבי שכחה בעומרין שהובא לעיל, ויש ליישב וצ"ע.

הרב שלמה בריזל

גדר קנין ארבע אמות

מקור דין קנין ד' אמות הוא בגמ' בב"מ (י). "ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום. [מאי טעמא,] תקינו רבנן דלא אתי לאנצויי. אמר אביי מוטיב רבי חייא בר יוסף פאה, אמר רבא מוטיב רבי יעקב בר אידי נזיקין. אמר אביי מוטיב רבי חייא בר יוסף פאה, נטל מקצת פאה וזרק על השאר אין לו בה כלום. נפל לו עליה פרס טליתו עליה, מעבירין אותו הימנה. וכן בעומר שכחה. ואי אמרת ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום, נקנו ליה ארבע אמות ידיה. הכא במאי עסקין דלא אמר אקני. ואי תקון רבנן כי לא אמר מאי הוי. כיון דנפל גלי דעתיה, דבנפילה ניחא ליה דנקני בארבע אמות לא ניחא ליה דנקני". עכ"ד הגמ'. ומבואר בגמ' דאיכא תקנת חכמים שיש קנין חדש של ד' אמות, שאם יש מציאה בתוך ד' אמותיו של אדם הרי הוא קונה את החפץ ונעשה שלו, וקנין דרבנן הוא.

והנה יש לדון הרבה בביאור גדר קנין חדש זה, וכן בפרטי ההלכה וחידושי דינים שיש בקנין זה. וזה החלי בעזרת ק-לי צורי וגואלי.



מח' הר"ן והרמב"ן בגדר קנין ד' אמות

א הנה יש לחקור בגדר הקנין, לכאורה כפשוטו דין הוא שהקנו חכמים את החפץ לאדם שנמצא בד' אמות של החפץ, וקנין דרבנן הוא שאמרו שהוא קונה את החפץ.

אבל בדברי הריטב"א כאן (בדף י.) ובר"ן בגיטין (בדף מ: מדפי הרי"ף) מבואר דגדר הקנין הוא שחכמים הקנו לו לאדם את הד' אמות שעומד בו ונעשית כחצירו, ולכן כל דבר שנכנס לתוך הד' אמות יכול הוא

לקנותו מדין ד' אמות. וז"ל הר"ן: "ואע"ג דד' אמות לכ"ע אינן קונות דבר תורה, כיון דרבנן תקנינהו ואמרי שיהו קונות הרי הקנום לו ועשאוהו כחצירו והפקר ב"ד הפקר". והיינו דס"ל להר"ן והריטב"א דאין זה סתם קנין שהקנו לו חכמים את החפץ הנמצא בתוך ד' אמותיו, אלא דחכמים הקנו לו את הד' אמות שיהיה חצירו, ולאחר מכן הרי הוא קונה ע"י קנין חצר.

וידועים דברי האבנ"מ (בסי' ל' סק"ה) שכותב שהרמב"ן שם בגיטין חולק

א"כ ליכא שום ראיא מהרמב"ן שחולק על הר"ן, דהרי אפשר שפיר לומר דס"ל כהר"ן שחכמים הקנו לו את הד' אמות להיות כחצירו, ומ"מ לא הוי מגורשת מדאורייתא משום דס"ל להרמב"ן דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא.

האם שייך בעלות וקנין בחצר רק לגבי לקנות בו בקנין חצר

(ב) כאמור שיטת הר"ן הוא דס"ל דד' אמות קונה בתורת קנין חצר, משום שהקנו לו חכמים את הד' אמות. ומבואר מכאן דשייך לקנות חצר לגבי קניינים, והיינו דכמו ששייך לקנות חצר רק לגבי תשמישים מסויימים - וכגון רק לגבי להניח שם פירות, והוי כקנין דקל לפירותיו שקנוי לו גוף החצר רק לגבי תשמיש זה, כמו"כ שייך שיקנה לו החצר רק לגבי דיני קניינים, והיינו רק לגבי זה שמה שיפול בתוכו יהיה קנוי לו.

ויש להעיר בזה ב' הערות. א - קודם כל יש לדון בענין זה דשייך בכלל לקנות חצר רק לגבי קניינים, דהנה זה ששייך לקנות גוף רק לגבי דבר אחד [דקל לפירותיו] הוא משום שכל גוף של חפץ עשוי לכמה תשמישים, ולכן שייך לחלק בגוף הדבר שיש לו את הזכות בגוף לגבי תשמיש מסויים של הגוף. ולכאורה קניינים הרי לא הוי אחד מתשמישי החצר, אלא דדין הוא בקניינים שאדם שיש לו חצר הרי הוא יכול לקנות בה ומה שנכנס שם נעשה שלו [אם ניחא ליה לקנותו]. וא"כ לכאורה תמוה לומר דהוי

על הר"ן בזה, וס"ל דלא הקנו לו חכמים את המקום שיהיה חצירו, אלא ס"ל דהוי קנין חכמים על החפץ וכצד הראשון הנ"ל.

והנה הרמב"ן שם בגיטין אומר דהא דמהני גט בד' אמות הוא משום דאפקעינהו רבנן קידושין מיניה, וכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש. והוכחת האבנ"מ הוא דאם ס"ל להרמב"ן כהר"ן א"כ אמאי אינה מגורשת מדאורייתא, והא הרי הקנו לה חכמים את הד' אמות שיהיה כחצירה. ומוסיף האבנ"מ ואומר, דאין לומר בדעת הרמב"ן דבאמת ס"ל כהר"ן, ואלא הא דאינה מגורשת מדאורייתא הוא משום דהוי חצירה רק מדרבנן וס"ל להרמב"ן דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, משום דשם בסוגיא במשנה בגיטין איתא דגם בקידושין יש קנין ד' אמות. ומשמע דהוי קידושין מדאורייתא, דלא תנן התם דבעינן גט רק מדבריהם [דהא אם הקידושין הוי רק מדרבנן זה רק לגבי להצריכה גט מדבריהם]. ועכ"פ מוכיח האבנ"מ מזה דקנין דרבנן מהני לדאורייתא, וא"כ מזה דגבי גט אומר הרמב"ן דהוי רק משום דאפקעינהו רבנן קידושין מיניה, ע"כ משום דחולק על הר"ן וס"ל דד' אמות הוי קנין בעלמא, ולא אמרינן שהקנו לו חכמים את הד' אמות להיות כחצירו.

ונמצא לפי"ז דכל ההוכחה בדעת הרמב"ן שהוא חולק על הר"ן הוא רק אם אמרינן דקנין דרבנן מהני לדאורייתא, אבל אם אמרינן דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא

בהמתו לקנות בה קנה, דלדין חצר סגי אפילו בחצר או כלים מושאל או מושכר וכו'. וי"ל דהתם הוא שמושאל לו להשתמש בו והוי כשלו, אבל הכא שאינו ממשיכו לו אלא בקניין זה בלבד מספקא לן". מבואר בריטב"א דחצר שיש לו לאדם רק לגבי הקנין ולא הוי שלו לגבי שאר תשמישים, הרי זה ספק בגמ' אי קונה בקנין חצר או לא.

ולכאורה סתרי דברי הריטב"א אהדדי, דהרי כאן בסוגיא דד' אמות מבואר להדיא דשייך לקנות קנין בחצר רק לגבי שיקנה בו, דהא הריטב"א סובר כהר"ן דחכמים הקנו לו את הד' אמות שיהיה כחצירו ולכן מה שנכנס בתוכו הוא קונה מדין קנין חצר, והרי ד' אמות שהקנו חכמים הוא רק לגבי קנין חצר ולא לשום תשמיש אחר, וצ"ע רב.

מחלוקת הבית שמואל ורעק"א האם

אדם שאין לו קנין ד' אמות יכול לעכב

מאחרים לקנות בד' אמות אלו או לא

ג) בגמרא גיטין (עח.) מבואר שהאשה קונה את גיטה בד' אמות, אבל אם הבעל עומד בד' אמות לפני האשה אין האשה קונה את הגט.

ונחלקו רעק"א (בשו"ת תניינא צ"ו) **והבית**

שמואל האם דין זה הוא הוא הוא

כתשמיש של חצר, דהיינו שכמו שיש לו את החצר להשתמש בו להניח שם דברים יש לו בזה גם תשמיש של 'לקנות על ידו', ותמיה מילתא דהאפשרות לקנות הוי כאחד התשמישים בחצר¹.

ב - עוד יש לדון בדבר זה, דאפי' אם נאמר דקניינים הוי סוג של תשמיש בחפץ, מ"מ בקנין חצר זה של ד' אמות עדיין תמוה שיקנה בקנין חצר, דהרי כל מהותו של קנין חצר הוא שהדבר הנקנה נכנס אצלו ברשותו דהוי כמי שמונח אצלו, וזה ליכא בחצר שיש לו רק לגבי קניינים. דהרי למעשה אין לו שם קנין חצר לגבי תשמישים אחרים, וא"כ היאך אנו רואים שהחפץ נכנס לרשותו והוי אצלו, ונמצא שאנו אומרים כאן שזה נחשב לחצר שלו ולרשותו רק לגבי קניינים - והיינו רק לגבי זה שזה הוי ברשותו, דמיחשיב רשותו רק לגבי זה דהוי ברשותו.

ובאמת מצינו בהריטב"א בב"מ שמסתפק

בדבר זה, דהגמ' שם מבעי ליה

במשוך בהמה זה לקנות כלים שעליה האם הוא קונה את הכלים או לא, [ובעצם יש שם מח' אם איירי שם בעניין קנין משיכה או בתורת קנין חצר, ועכ"פ הריטב"א ס"ל דאיירי שם מענין קנין חצר] ומבאר הריטב"א את צדדי האבעיא, וז"ל: "ואם תאמר ואכתי מאי קא בעי, דהא ודאי כיון דמשאיל לו

1 ובעניין זה עי' בקצה"ח סי' ר' סק"א בסוף הדיבור שמבואר שם שיכול אדם לשייר לעצמו זכות זו בקרקע, היינו שיכול לשייר לעצמו בקרקע את הזכות לקנות על ידה. ועי' עוד בקצות סי' שי"ג מה שמביא שם בשם הרמ"ה.

והוקשה לו לבית שמואל שהבעל הרי אינו רוצה שתקני לו ד' אמות, דהרי הוא רוצה שתתגרש בה. וכן הוקשה לו מהא דקיי"ל שגם ברה"ר מעכב עמידתו של הבעל – הא ברה"ר ליכא ד' אמות, והא תיקנו ד' אמות שם הוא רק לאשה משום עיגונא, וא"כ אמאי מעכב עמידתו של הבעל ברה"ר. ומזה הוציא הבית שמואל דע"כ צ"ל שאם עומד אדם בתוך הד' אמות הרי הוא מעכב את הבא אחריו מלקנות בד' אמות אלו, אפי' שאין לראשון בפועל קנין ד' אמות. ולכן אף אדם אחר שאין לו שום שייכות לגט מ"מ מעכב הוא מהאשה שתקנה בד' אמות כיון שסו"ס הוא עומד בתוך הד' אמות.

ויש לברר בהבנת דבר זה, דלכאורה איזה סברא שייך לומר שאדם שאין לו קנין ד' אמות יעכב את חבריו מלקנות בד' אמות אלו.

והנראה לבאר כזה בטעם הדבר, שהוא ע"פ סברת הבעל המאור (שבת צו:): שגדר תקנת חכמים של קנין ארבע אמות הוא משום שמקומו של אדם הוא ארבע אמות, שנחשב שהוא עומד בכל הד' אמות [ועיי"ש בדבריו שזהו גם ענין האיסור של העברת ד' אמות ברה"ר, דהוי כמי שמוציא מרשות לרשות, שמקומו של אדם הוא ד' אמות]. ועפ"ז אפשר להבין שפיר, שאם עומד כבר אדם אחר בתוך הד' אמות הרי הוא מעכב אחרים לקנות בד' אמות, אפי' שאין לו לראשון קנין בד' אמות. משום שלא שייך

דוקא בבעל ולא באדם אחר, או דה"ה לאדם אחר שעומד בד' אמות לפני האשה הרי זה מעכב את האשה מלקנות בד' אמות אלו.

הבית שמואל (קל"ט כ"ג) כתב שאם בא אדם אחר תחילה בד' אמות והאשה באה אח"כ, אין לה ארבע אמות. ואפי' שאין לו לאדם שום שייכות לגט שיקנהו בד' אמות, מ"מ מעכב הוא לאשה שתקנה בד' אמות. והוציא מזה רעק"א לדעת הבית שמואל, שאם קדם ראובן לשמעון בד' אמות ונפל מציאה לשם, וראובן אמר או גילה דעתו שלא ניחא ליה למיקני, לא קנה שמעון בד' אמות כל זמן שראובן נמצא שם בתוך הד' אמות. וכן לדעת הראשונים דס"ל שתיקנו חכמים ד' אמות גם במקח וממכר, אין הלוקח יכול לקנות בד' אמות אם כבר קדם אחר בתוך הד' אמות. מבואר שרעק"א מוכיח מהבית שמואל שכל אדם שעומד בד' אמות הרי הוא מעכב מאדם אחר לקנות בד' אמות אלו, אפי' שאין לראשון קנין בפועל בד' אמות – שהרי לגבי גט אין לו לאדם אחר שום שייכות, ומ"מ כתב הבית שמואל שהוא מעכב את האשה מלקנות -ה"ה במציאה, אפי' שאין לו בפועל ד' אמות [משום שגילה בדעתו שאינו רוצה לקנות] מ"מ הרי הוא מעכב שאין אחר יכול לקנות בד' אמות אלו.

ומתבאר מתוך דברי רעק"א, שהבית שמואל הוציא שיטתו מהגמרא בגיטין הנ"ל שמבואר שם שאם קדם הבעל לתוך הד' אמות אין האשה יכולה להתגרש.

לומר על השני שהד' אמות הוי מקומו, שהרי זה כבר הוי מקומו של הראשון².

ואולם רעק"א עצמו חולק על הבית שמואל וס"ל שאין עמידת אדם מעכב מאחרים מלקנות בד' אמות, והא דאמרינן בגמרא שאם הבעל קדם בד' אמות אין האשה קונה את הגט - והיינו הגם שאין הבעל קונה את הד' אמות, דהרי אינו רוצה לקנות, וכן ברה"ר שאין ד' אמות וכנ"ל - הטעם בזה הוא משום שלא נחשב שיצא הגט מרשותו של הבעל. וזה דין דוקא גבי המגרש שאם הגט לא יצא עדיין מד' אמות ידיה הרי זה עדיין ברשותו. והגם שלא ס"ל לרעק"א כהסבר הנ"ל שכל אדם מעכב את הקנין ע"י הד' אמות שלו, ולא אמרינן שהד' אמות נחשב למקומו של אדם אפי' בלי קנין, מ"מ לגבי הבעל שצריך שייצא הגט מרשותו זה נחשב עדיין לאגיד גביה כל זמן שזה הוי בד' אמותיו.

אין הוא מעכב מאחר לקנות בד' אמות [וכגון באופן שהראשון אמר שאין הוא רוצה לקנות את המציאה אין הוא מעכב מאחר לקנות]. ואלא זה שאומר הבית שמואל שאדם אחר שעומד בד' אמות הוא מעכב את האשה מלקנות את הגט, הגם שבפועל אין הוא קונה את הגט בד' אמותיו מ"מ ס"ל לב"ש שבטעם יש לו לאחר קנין ד' אמות שבזה הוא מעכב מהאשה לקנות את הגט. והטעם הוא, שגדר הקנין של ד' אמות הוא שחכמים תיקנו שכל אדם קונה את הד' אמות שלו לענין קניינים, שגוף הקרקע קנוי לו לגבי שיכול לקנות בו, ולכן ס"ל לבית שמואל שאפי' שלמעשה אין לו שייכות לגט ואינו יכול לקנותו בד' אמות, מ"מ ס"ס למעשה הרי הד' אמות הוי שלו לגבי קנין. וא"כ אפי' שהוא עצמו אינו קשור לגט כדי לקנותו, מ"מ האשה ג"כ אינה יכולה לקנות בד' אמות משום שהחצר לגבי קנין שייך לעומד שם.

ואפשר לומר בדעת רעק"א, שהוא הבין דקנין ד' אמות אין עניינו שחכמים נותנים לכתחילה לכל העומד שם את הד' אמות לגבי קנין, אלא דכל התקנה הוא רק בשעה שהוא נוגע למעשה, והיינו דבשעה שעומד אדם בתוך ד' אמות של מציאה נתנו

מהלך חדש בדעת הבית שמואל ע"פ

חקירה בגדר קנין ד' אמות

והנה נראה שיש מקום לחלוק על הרעק"א בדעת הבית שמואל, שבאמת גם הב"ש מודה שאם אין לו לאדם קנין ד' אמות

2 ועפ"ז אפשר לבאר גם הא דאמרינן בגמ' שברה"ר לא תיקנו חכמים ארבע אמות משום דקא דחקי רבים. ולפי המבואר אתי שפיר, דכיון שגדר הקנין הוא שמקומו של אדם הוי ד' אמות, לכן ברה"ר שדחקי רבים ואין לכל אחד ד' אמות מיוחדת בזה לא אמרינן שמקומו הוי ד' אמות. ועי' בנתיבות בסי' ר"ס ס"ק י"ג שמשמע מלשוננו טעם אחר בהא דלא תיקנו ד' אמות ברה"ר, משום שאין לו רשות לאדם להניח שם חפציו. אבל טעם זה דחוק בלשון הגמ' "דדחקי רבים". ואולי כוונת הנתיבות שם לומר שבסמטא יכול להניח חפציו, והחפץ שלו גם מקבל ד' אמות. ודוחק.

וממכר א"כ אנו רואים שחכמים הקנו רק לגבי מציאה ולא לגבי מקח וממכר, ומה מוסיף לן בזה שהיו בזמן אחד. והנה, אם נאמר דס"ל לרעק"א שההקנאה הוי רק בשעת מעשה, א"כ אפשר קצת להבין ספקו של רעק"א. שאפשר דלא נחתי רבנן לחלק בעצם ההקנאה בין מציאה למקח וממכר, דבזמן שחכמים מקנים לו את הד' אמות הרי זה קנוי לו לגמרי לכל מילי, אלא שרק בשעת נפילת המציאה הקנו חכמים את הד' אמות ולא בזמן שמכניס את מקחו. ולכן יש מקום לומר שבזמן שנפלה בה מציאה הרי זה הוי שלו גם למקח וממכר. אבל אם נאמר שחכמים כבר הקנו את הד' אמות מיד כשנכנס לתוכם, א"כ ע"כ שחילקו חכמים בין מציאה למקח וממכר, וא"כ לא מוסיף לנו כלום בזה דהוי בזמן אחד.

הוכחה למהלך זה מדברי הנתיבות

והוכחה גדולה למהלך זה בדעת הבית שמואל הוא מהנתיבות כאן (סק"א). דהנה הנתיבות כאן מביא את שיטת הבית שמואל להלכה, לענין שאם קדם אחד לשניהם ולאחר שבאו אותן השניים הלך הראשון, הרי זה זכו שניהם בפעם אחת את הד' אמות אפי' אם הם באו בזה אחר זה. ומצד שני, בנתיבות לעיל סי' ר' מפורש להדיא שכל זה שהבעל מעכב על האשה מלהתגרש באופן שהוא קדם לד' אמות הוא רק משום שהוא קונה את הד' אמות, ומכוח זה מוכיח שם הנתיבות שבגי גיטין וקידושין

לו חכמים את הד' אמות שיוכל לקנות את המציאה. וכן לגבי מקח וממכר, שאם רוצה אדם לקנות חפץ שמונח בתוך ד' אמותיו תיקנו חכמים שיקנו לו הד' אמות, אבל לא הקנו חכמים כבר מתחילה את הד' אמות לגבי קניינים.

ולכן מובן שפיר הא דהוציא רעק"א מהבית שמואל שכל אדם שעומד בתוך הד' אמות, אפי' אם אינו קונה את הד' אמות מ"מ הרי הוא מעכב את אחרים מלקנות בו. דהרי הבית שמואל אומר שאדם אחר יכול לעכב את האשה מלקנות את הגט, ולאותו אחר שבא קודם אין לו קנין בד' אמות משום שאם אנו אומרים שהקנו חכמים את הד' אמות רק בשעת מעשה, א"כ פשוט שהאשה היא זו שקונה את הד' אמות כדי לקנות הגט, שהרי לאותו אחר אין שייכות לגט. ולכן הבין רעק"א דע"כ ס"ל לבית שמואל שאם נמצא אחר בד' אמות אפי' אם אין לו קנין בו, הרי הוא מעכב אחרים מלקנות בד' אמות.

ויש דיוק נחמד למהלך זה מדברי רעק"א. שהוא עצמו מסתפק בהמשך התשובה שם, לפי הראשונים שלא תיקנו חכמים ד' אמות במקח וממכר, מה הדין באופן שקונה מקח מחבירו בזמן שנופל שם מציאה, האם אמרינן שאת המציאה הוא קונה והמקח הוא אינו קונה או דילמא דכיון שקונה את המציאה הוא קונה גם את המקח. ולכאור' צ"ב בספק זה של רעק"א, דהרי אם למעשה תיקנו ד' אמות רק במציאה ולא במקח

בדין קדימה בקנין ד' אמות

הרמ"א כאן (ס"י רסח ס"ב) כותב, שאם עומדים שניים ונפל מציאה לתוך ד' אמותיהם, הרי זה קנו שניהם. ובפשוט מבואר מזה שאין דין קדימה בד' אמות, שאפי' אם בא אחד לתוך הד' אמות קודם חברו אין הוא קודם לקנות.

ובקצות ונתיבות כבר נתקשו בדברי הרמ"א אלו, וס"ל שיש דין קדימה בד' אמות. ומוכיחים כן מהגמ' בגיטין שמבואר שם שאם קדם הבעל בד' אמות אין האשה יכולה לקנות את הגט בד' אמות אלו. והבינו הקצות והנתיבות שמבואר מזה שיש דין קדימה בד' אמות, דאי לאו הכי לא היה יכול הבעל לעכב מהאשה לקנות בד' אמות אם הוא קדם שם. ועי' בדבריהם מה שמתרצים את דברי הרמ"א.

ונראה בזה דהנתיבות כאן הוי ממש לשיטתו ממה שאומר בס"י ר', דס"ל דלא שייך שהבעל יעכב מהאשה לקנות בד' אמות אא"כ יש לו עצמו קנין ד' אמות, ולכן שפיר הוכיח הנתיבות מזה שיש דין קדימה גבי קנין ד' אמות.

ואולם כבר הובא מרעק"א לעיל בביאור דברי הגמ' בגיטין, שזה שהבעל מעכב מהאשה לקנות בד' אמות אם הוא קדם לה אין זה משום שהוא קונה את הד' אמות, אלא משום שלא יצא הגט מרשותו והוא עדיין אגיד גביה. [וכמו שמוכיח רעק"א שהבעל אינו קונה את הד' אמות,

נתנו חכמים לרה"ר דין של סימטא, שהרי אל"כ היאך יכול לעכב הבעל באופן שהיא עומדת ברה"ר, דהרי הבעל אין לו קנין ד' אמות ברה"ר, ואלא ע"כ שדין רה"ר לענין גיטין הוא כמו סימטא, ועיי"ש בדבריו. ועכ"פ נמצא מפורש בדברי הנתיבות שאין אדם יכול לעכב אנשים אחרים מלקנות בד' אמות אא"כ יש לו בעצמו קנין בד' אמות, וזה לחוד שהוא נמצא שם אין זה מעכב כלום. ומ"מ אומר הנתיבות כאן כהב"ש שאדם אחר מעכב את אחרים מלקנות בד' אמות, אפי' שהוא למעשה אינו קונה את הד' אמות שהרי הוא יצא לפני שהגיע המציאה לתוך הד' אמות.

ואלא ע"כ, משום דס"ל להנתיבות בדעת הבית שמואל שכל העומד בתוך ד' אמות הרי זה מעכב את אחרים מלקנות בד' אמות אלו, אפי' שאין הראשון קונה בפועל ע"י הד' אמות מ"מ הוא מעכב, משום דאמרינן שמיד כשנכנס הרי הוא קונה את הד' אמות לגבי קניינים. [ומדויק לפי"ז שפיר לשון הנתיבות כאן שאומר "כגון שבא אחר קודם לשניהם וזכה בהד' אמות ואחר שבאו אותן שניים הלך הראשון"].

ואולם הנתיבות (בשו"ע אה"ע קל"ט ובתורת גיטין על הגמ' בדף עח.) חולק על הבית שמואל לגבי גט, וס"ל שאם האשה קדמה לבעל בד' אמות, אפי' שקדם לה אדם אחר הרי היא מגורשת ואין האחר יכול לעכב ממנה לקנות את הגט.

מעשה, וזה לא כמו שביארנו לעיל בדעת הרעק"א. וזה לשון רעק"א שם: "אם כן הכא נמי בבאו שניהם זה אחר זה ואח"כ נפל המציאה לשם, מהראוי שיזכה האחד, דכבר זכה בד' אמות אלו לענין מה שנפל לתוכו". ומפורש להדיא שיש כבר זכיה בד' אמות לפני שנפל המציאה³.

ואלא דלפי"ז צ"ב מה חולק הרעק"א בשו"ת על הבית שמואל, דלפמשנ"ת ס"ל לרעק"א שיש כבר קנין ד' אמות מיד כשנכנס אדם לתוך ד' אמותיו, וא"כ אמאי לא יוכל אדם אחר לעכב מהאשה לקנות את גיטה כיון שכבר זכה בד' אמות. וכן אמאי ס"ל לרעק"א שאין אדם יכול לעכב את חבירו לקנות בד' אמות דבר מקח מאדם שלישי, והא הראשון כבר קנה את הד' אמות לגבי הזכות קנין מיד כשנכנס בתחילה.

ואפשר לבאר [וכן מתבאר מתוך דברי רעק"א שם בגיטין], דס"ל לרעק"א דהגם שכבר הקנו חכמים את הד' אמות מיד כשנכנס אדם לתוך ד' אמותיו, מ"מ זה רק לגבי דברים שהאדם שייך גביהו, אבל לגבי דברים שאין לאדם שייכות בהם לא הקנו לו חכמים כלל את הד' אמות. ולכן ס"ל לרעק"א שאדם אחר אינו יכול לעכב מהאשה לקנות את גיטה, שהרי אין לו שום

שהרי הוא אינו רוצה לקנות בד' אמות. וכן דאיירי גם ברה"ר שאז לא תיקנו כלל ד' אמות, וכדלעיל. ולכאורה לפי"ז יוצא לכאורה שאין שום ראייה מהגמ' בגיטין שיש דין קדימה בד' אמות, שהרי הבעל אינו קונה כלל את הד' אמות. ומטעם אחר אמרינן שם שהבעל מעכב מהאשה לקנות בד' אמות.

ולפי מה שביארנו בדעת רעק"א דכל ההקנאה של חכמים בד' אמות הוא רק בשעה שנוגע למעשה ולא לפני זה, א"כ נמצא לכאורה מוכח מסברא שאין דין קדימה בד' אמות. שהרי מאי שייך לומר קדימה אם כל ההקנאה של חכמים הוא רק בשעה שהמציאה נכנסת לתוך הד' אמות. ונמצא דרעק"א הוי ממש לשיטתו, שלפי דבריו בכיור הגמ' בגיטין אכן ליכא ראייה שיש דין קדימה בד' אמות.

ואולם אחרי כתבי כל זאת הראוני שברעק"א בגיטין (עח. בד"ה בשו"ע חוה"מ) מפורש להדיא שיש דין קדימה בקנין ד' אמות וכהקצות והנתיבות כאן, שאם קדם אחד לתוך ד' אמות ואחר כך הגיע חבירו ונפל שם מציאה קנהו הראשון, מפני שהוא קדם לתוך הד' אמות. ומפורש בזה דס"ל לרעק"א שההקנאה בקנין ד' אמות הוא מיד כשנכנס אדם לתוך הד' אמות ולא רק בשעת

3 ולפי"ז יצטרך ביאור ספיקו של רעק"א הנ"ל, שהסתפק לדעת הראשונים שלא תיקנו ד' אמות במקח וממכר, מה הדין באופן שקונה מחבירו בזמן שנפל שם מציאה. וכמו שכבר התבאר לעיל, דאם אמרינן שחכמים הקנו את הד' אמות לכל אדם לגבי לקנות מציאה, א"כ ע"כ שחילקו חכמים את הקנין בין מציאה למקח וממכר, וא"כ מה איתוסף בזה שהמקח הוי בשעת קניית המציאה, וצ"ב.

קשר שייכות לגט, וא"כ לא הקנו לו חכמים את הד' אמות לגבי הגט. ולכן הבין רעק"א בדעת הבית שמואל שע"כ צ"ל דס"ל להבית שמואל שזה עצמו שאדם עומד בתוך הד' אמות הרי הוא מעכב מאחרים לקנות בד' אמות - אפי' שאין לו לראשון קנין בד' אמות, שאל"כ לא היה יכול אדם אחר לעכב מהאשה לקנות את הגט בזה שהוא קדם ונכנס לד' אמות לפניו.

ובדעת הבית שמואל אפשר עדיין לומר כנ"ל, שבאמת לא ס"ל כלל שעצם עמידתו של אדם בתוך ד' אמות מעכב מאחרים לקנות בד' אמות, אלא דס"ל שאותו אחר שנכנס לתוך הד' אמות הרי הוא קונה את כל הזכות קנין שבקרקע. והיינו שהקרקע שייך לו לגבי קנין, וחכמים הקנו לו זכות זה באופן כללי, ולא נחתו לחלק שזה רק בדברים שיש לו שייכות קניה. ולכן אפי' לגבי גט שאין לו שייכות בו מ"מ הוא מעכב מהאשה לקנות את הגט בד' אמות אלו, וכן לגבי מקח וממכר שיכול אדם לעכב מחבירו לקנות מקח בד' אמות אפי' שאין לו שייכות קניה במקח זה. [ועכ"פ הבית שמואל מודה שבאופן שאין לו קנין ד' אמות, כגון כשמגלה דעתו להדיא שאינו רוצה לקנות בד' אמות, אין הוא יכול לעכב מאחרים לקנות בד' אמות אלו].

ונמצא לפי"ז שנחלקו רעק"א והבית שמואל, האם גדר הקנין של ד' אמות הוא שהקנו חכמים לעומד בתוכו את כל זכות הקנין של הד' אמות, או דילמא שהקנו לו חכמים את הזכות קנין בד' אמות רק לגבי דברים שיש לו שייכות זכיה בהם⁴.

ואולם עדיין צ"ב בדברי רעק"א בגיטין. שמוכיח מהגמ' שם שיש דין קדימה בקנין ד' אמות, וכבר התבאר לעיל שלכאורה לפי רעק"א ליכא שום הוכחה מהסוגיא שם, שהרי רעק"א עצמו אומר שהעיכוב של הבעל לא בא משום שהוא קונה את הד' אמות, אלא משום שלא נחשב שהגט יצא מרשותו. וא"כ היאך מוכח משם לגבי קדימה בקנין ד' אמות.

ונראה לבאר בזה מדרקדוק לשון רעק"א שם, שאכן ליכא שום ראיה מהא דבקדם הבעל לתוך הד"א אין האשה קונה את הגט, שהרי אין זה בכלל משום שהבעל קונה את הד' אמות. אלא כל ראיית רעק"א הוא מזה שאם קדמה האשה בתוך הד' אמות הרי היא מגורשת, ומוכיח מזה רעק"א שיש דין קדימה בד' אמות, שהרי אם נאמר שאין דין קדימה א"כ מה מועיל זה שהאשה נכנסה קודם לתוך הד' אמות - והא הרי כשבא

4 ויש להסתפק בדעת רעק"א מה הדין בציור הנתיבות הנ"ל, היינו באופן שקדם אחד לד' אמות ואחר כך באו שניים אחרים ולפני שנפלה המציאה כבר יצא הראשון, האם זה נחשב לדבר שיש לו שייכות בו כיון דהכל ראויין הם למציאה, או דילמא כיון שבפועל בסוף לא היה כלל בשעת נפילת המציאה הרי הוברר שלענין מציאה זו אין לו שייכות בו.

הבעל עם הגט לתוך הד' אמות נמצא
 ששווין הם הבעל והאשה בד' אמות אלו,
 וא"כ הוי כמו קדם הבעל שאין האשה
 מתגרשת משום שהגט עדיין לא יצא מרשות
 הבעל. ואלא ע"כ, בזה שהאשה נכנסה לד'
 אמות קודם הבעל הרי היא קדמה לקנות בד'
 אמות אלו, וכבר לא מגרע מה שנכנס אח"כ
 הבעל⁵.

העולה מן המורים

- א - הר"ן והרמב"ן נחלקו אם חכמים הקנו גם את הד' אמות עצמם, או שהקנו רק את החפץ שנכנס לתוך הד' אמות, אבל הד' אמות עצמם לא הקנו.
- ב - מדברי הר"ן מבואר דשייך בעלות על חצר אפי' באופן שיש לו את החצר רק לגבי הזכות קנין שבו ותו לא. אבל מדברי הריטב"א בב"מ בדין משוך בהמה וקני כלים שעליה מבואר שהגמ' הסתפקה בדבר זה.
- ג - מחלוקת רעק"א והבית שמואל האם אדם שאינו קשור לד' אמות יכול לעכב מאנשים אחרים מלקנות בד' אמות או לא.
- ד - מהלך חדש בדעת הבית שמואל ע"פ חקירה בגדר תקנת ד' אמות, האם הקנאת חכמים הוא רק בשעה שהחפץ נכנס לתוך הד' אמות או שההקנאה הוי תמיד, שכל אדם יש לו קנין בד' אמותיו לקנות את חפץ הנכנס בתוך הד' אמות.
- ה - שיטת הקצוה"ח והנתי"מ שאין דין קדימה בקנין ד' אמות. והיה מקום לומר שרעק"א בשו"ת חולק עליהם וס"ל שיש דין קדימה בקנין ד' אמות, אבל בדברי רעק"א בגיטין מפורש להדיא שגם הוא מסכים שאין דין קדימה בקנין ד' אמות.

5 ואולם עי' בשיעורי הגרש"ר מה שמקשה על ראייתו של רעק"א, דלכאורה אפי' אם אין דין קדימה בקנין ד' אמות, מ"מ לענין דין זה שאמרינן שאם הבעל קדם הרי זה חשיב שהגט לא יצא עדיין מרשותו, לגבי זה אפשר שפיר לומר שאם האשה קדמה הרי זה לא נחשה לאגיד גבי בעל, ועיי"ש בדבריו.

הרב מאיר טרבילו

דין 'באיסורא אתי לידיה' בחצר שאינה קונה

בגמ' (ב"מ כא:) איתא דין של 'באיסורא אתי לידיה', היינו שאם באה המציאה ליד המוצא קודם שנתייאשו הבעלים ממנה, אפילו אם לאחר מכן נתייאשו הבעלים אסור לו למוצא לנטלה לעצמו משום דבאיסורא אתי לידיה.

ונחלקו האחרונים (עי' ש"ך סי' רסח סק"ב) האם ישנו לדין זה גם בחצר, היינו אם באה המציאה לחצרו קודם שנתייאשו הבעלים ממנה, ולאחר ייאוש רוצה המוצא לזכות בה לעצמו, האם אמרינן בזה גם כן דלא מצי למיעבד כן משום דבאיסורא אתי ליד חצרו. המהרש"ל כתב שבחצר ליתא לדין באיסורא אתי לידיה ומההרש"א והש"ך נקטו שבחצר ישנו לדין באיסורא אתי לידיה.

בעז"ה במאמר לפנינו נדון מה הדין אם המציאה נפלה בחצרו והחצר לא קנתה לו מחמת איזו חיסרון בחצר, אם לאחר ייאוש נסתלק חיסרון זה האם יוכל הבעלים לזכות במציאה על ידי החצר.



**גדר דין באיסורא אתי לידיה בחצר, אם
הוא דין באבידה או דין בקניין חצר**

בגדר דין באיסורא אתי לידיה בחצר נראה מלשון הראשונים שהוא דין בקניין חצר, דחצירו לא עדיפא מידו, ואף שיש סברא לומר דבשעת האיסורא לא ניח"ל דליקני ובשעת ההיתר ניח"ל דליקני וחצירו אינה קונה לו בע"כ, מ"מ כיון שע"י כך נמצא דחצירו עדיפא מידו לא שייך לומר כן, שאין הלמד עדיף מהלמד. וכע"ז כתב בהקצוה"ח (סימן ר' סק"א) ליישב קו' התוי"ט

(מעילה פ"ג משנה ו') למה לא יועיל חצר להקדש מטעם שליחות אע"ג דאין יד להקדש הא לא גרע משליחות, ותי' הקצוה"ח עפ"י תוס' (גיטין כ"א.) וביתר ביאור בשיטמ"ק (ב"מ י"ב.) דלהכי אהני דאתרבי (חצר) משום יד שלא יקנה משום שליחות חצר שאינו דומה ליד כלל כו', וה"נ כיון שאין יד להקדש ה"נ אין חצר להקדש אפי' משום שליחות, עיי"ש. ולפי"ז י"ל גם באיסורא אתי לידיה דחצירו לא עדיפא מידו, וכמו שבידו אינו קונה בכה"ג ה"נ בחצירו

טעמא, משום דמעוּת כיון דאין עתידים להימצא חצירו לא קנה ליה ולא הוי חצירו כידו כמ"ש התוס', נמצא דלא באו עדיין לידו של זה שמצאם עד דנימא באיסורא אתא לידיה, ומשו"ה בלוקח פירות מחבירו ומצא בהם מעוּת אחר שנתייאשו הבעלים קנאם ולא אמרינן באיסורא אתא לידיה, דכיון דאין עתיד להימצא לא חשיב כאילו בא לידו. והשתא דאתינא להכי נראה דכל שמצאם בע"ה אחר יאוש ה"ז קנה ליה חצירו, מכיון דמעוּת אין עתידים להימצא לא שייך לומר באיסורא אתא לידיה". עכ"ל.

והדברי משפט (סימן רס"ב סעיף י"ז) הלך בדרכו של המחנ"א לומר כן אף לענין חצר שאינו משתמר, שאם באה שם מציאה קודם יאוש - שבלאו הכי לא היה החצר ראוי לקנות מחמת שאינו משתמר, [ודל מהכא הא דבאיסורא את"ל] ואחר שנתייאש נעשה החצר משתמר לדעת הבעלים - שקנה בעל החצר. וטעמו ונימוקו עמו, כיון שבשעת האיסור היה החצר אינו משתמר, זה גרם שלא יחשב שבא הדבר לרשותו בשעת האיסור, אלא כשנעשה משתמר חשיב בא לרשותו ובהיתרא בא לידו. ועיי"ש שר"ל לפי"ז שגם הרמב"ם ס"ל

אינו קונה.¹ והגם שעדיין יש לחלק דבהקדש אין לו יד כלל, משא"כ הכא שבעצם יש לו יד אלא שאסור לו לקנותו, והוא דין בהמציאה שאסור לכל אדם לקנותה לעצמו ואינו דין בגוף הקנין שמחמתו לא קנה, מ"מ נראה שגם התוס' והשיטמ"ק באו לומר גדר בקנין חצר שאע"פ שמשליחות איתרבאי לא עדיפא מידו. [ועי' אמרי משה סי' ל"ט ב'. וכעיי"ז בחזו"א ב"ק סימן י"ח ס"ק ד']

שיטת המחנ"א והדברי משפט בחצר
שאינה קונה, ודין חצר שאינה משתמרת

ובמחנ"א (קנין חצר סי' ה') כתב שאפי' לדעת הראב"ד והרשב"א דס"ל דשייך באיסורא אתי לידיה בחצר, מכל מקום בדבר שאינו הווה להימצא ואירע שמצאן בעה"ב, קנה לו חצרו, ואין בו משום באיסורא אתי לידיה. וז"ל המחנ"א: "ותדע מדין הלוקח פירות ומצא בהם מעוּת, שכתב ה"ה משם הרמב"ן והרשב"א ז"ל והנ"י בסוגיין שאם היה הלוקח תגר אע"פ שלקחם מבעה"ב הרי אלו שלו, כיון שמצאם אחר ששהו בידו שיעור שנתייאשו הבעלים, ולא אמרינן באיסורא אתא לידיה, דכשבאו לידו קודם יאוש הוה. והיינו

1 וברעק"א אסברה לן, דכיון שקודם יאוש מחויב בהשבה, רמי עליה רחמנא להתרצות לקנות ולהתחייב בהשבה. [ויעו"ר ט"ז סי' רס"ג שכתב דזקן ואינו לפ"כ שפטור בהשבה, ובהכרעה מתחייב בהשבה אפי' דרך מתעסק בעלמא. וא"כ חצר לא גרע ממתעסק] ולפי"ז לא יועיל שום קנין מצד אחר דהא הוא מחויב בהשבה, ועי' הע' 4. וגם לפי רעק"א לא יהיה דין זה בדבר שאין בו סימן, דהא הרעק"א סבר דאינו מחויב ליטול, וא"כ ודאי לא כייפינן ליה להתרצות להתחייב.

מו"מ בדברי הריטב"א

והדברי משפט הביא ראייה מהריטב"א (הובא בשיטמ"ק בב"מ כ"ו. ד"ה והא דתנן אם היה משכירו) וז"ל בסוה"ד: "וכיון דכן חצירו זוכה לו לאחר יאוש ובהיתרא אתי לידיה, דמקמי הכי לא קניא ליה כל זמן שהיתה מושכרת, דשכירות קניא. מפ"ר ז"ל. עכ"ל. חזינן מהכא דכל שהחצר לא היה ראוי לקנות בשעת האיסורא לא חשיב באיסורא אתי לידיה, ואם כשנעשה ראוי לקנות כבר נתייאש הבעלים מיקרי בהיתרא אתי לידיה. כן מוכיח הדברי משפט מהריטב"א.

ואי תיקשי לך דלא דמי חצר שאינה משתמרת ולאחר היאוש נעשית למשתמרת להחיא דהריטב"א, דהריטב"א איירי בחצר מושכרת, וכיון דשכירות קניא והוי ממכר ליומי, אזי כלפי קנין חצר הוי חצירו של שוכר לגמרי ולא של משכיר, ולכך לא מיקרי באיסורא אתי לידיה כיון שהחצר אינה שלו כלל וכלל, ומשנעשה שלו הוי לאחר יאוש ובהיתרא. שלבעל החצר לא היה מעולם שעת איסור, דבשעת האיסור לא היה הוא בעל החצר כלל. אבל אי היה החצר תמיד של בעלים זה ובא לחצירו קודם יאוש, אע"ג שלא היה הווה להימצא א"נ שלא היה משתמר, בכה"ג לא מעלה ולא מוריד הא דלא היה החצר ראוי לקנות למיחשביה בהיתרא אתי לידיה.²

כראב"ד ששייך בחצר באיסורא את"ל, [ודלא כהמחנ"א הנ"ל] אלא שבחנות אי אפשר לומר כן, כיון דחנות חצר שאינה משתמרת היא, והראב"ד חולק על הרמב"ם שאף בחצר שאינו משומר שייך לומר באיסורא אתי לידיה.

ועיקר הסברא בזה נראה דר"ל, דכיון שהחיסרון של באיסורא אתי לידיה הוא בשעה שבא החפץ לחצר, שזה גורם שלא יקנה גם אחר שנתייאשו הבעלים, דהא בחצירו לא שייך למימר שנתחייב בהשבה או שנעשה שומר וידו כיד בעלים [עי' מחנ"א שם] וכיון שבשעה ראשונה לא קנה שוב אינו קונה בלא קנין חדש, דדין חצירו כדין ידו. ומשו"ה כשיש סיבה נוספת שלא יקנה החצר מחמת שאינו הווה להימצא, אזי אינו מיקרי בא לרשותו באיסורא, דהא בלא"ה לא היה קונה אפי' אי הווה בהיתרא, ונחשב כלא בא לחצירו כלל.

אמנם המחנ"א חולק על הדברי משפט בזה, וס"ל שמה שהחצר אינו משתמר אינו נחשב מפני זה כלא הגיע לרשותו כלל, שכשיבוא הבעלים בצד חצירו ייעשה החצר משתמר ועתיד הוא לזכות במציאה. אבל כשאינו הווה להימצא גרע טפי, דמה ייתן ומה יוסיף זה שהוא בחצירו, שהרי אין המציאה עומדת להיות אצלו יותר משאר בנ"א.

2 ואם כנים אנו בזה, נמצא שהריטב"א חולק על הרא"ש (ב"מ פ"ב סי' ט) דהנה הרא"ש כתב וז"ל, 'הלכך חצירו נמי בכה"ג לא קניא, וכיון דהראשון לא קנאה ה"ה בנו ובן בנו לא קנאה'. ובפלפולא חריפתא (אות

אירי שמצאם אחרן שוב לא הו"מ לתרץ דבאיסורא אתי לידיה, דהיכא שרשותו לא קנתה קודם מחמת גריעות שבחצר, הרי"ז כמו שלא אתי לידיה, וכשמצאם בעל הגת נעשה משתמר וכאלו שעכשיו בהיתרא בא לחצירו.

דעת הריטב"א אם יש באיסורא אתי לידיה בחצר

אמנם, בעיקר דעת הריטב"א יש מבוכה, ממש"כ הריטב"א אמתני' דמצא בגל ובכותל ישן (ב"מ דף כ"ה: ד"ה מצא בכותל חדש) שכתב בתו"ד וז"ל: ומחציו ולפנים של בעה"ב ממ"נ, דאת"ל אחרים נתנוהו שם ונתייאשו הרי זכה לו חורו, דהא מחציו ולפנים שהוא לבדו משתמש בו חצירו

תריץ ואימא לך שזה אינו, לפי מה שכתב הריטב"א בב"מ (כ"ג: ד"ה דחזיה דקדחו) וז"ל: "ואת", וליזכי ביה מריה דמעצרתא, דחצירו של אדם קונה לו של"מ. י"ל דהכא מיירי שהמעצרתא במקום שאינה משתמרת לדעת הבעלים³. עכ"ל. וקשה, אי ס"ל לריטב"א דבחצר נמי שייך באיסורא אתי לידיה וכדמשמע מהריטב"א שהובא מקודם, אמאי לא תירץ כן בדף כ"ג:, אמנם לפי הדברי משפט א"ש, דכיון שבאמת איירי בחצר שאינה משתמרת [דהא מצאם איש אחר שאינו בעל הגת, ואף שבמאירי ובמיוחס להריטב"א⁴ הביאו שיש מפרשים שהמוצא הוא בעל הגת, הא לפירוש זה מבורר שם שלא שייך להקשות שיקנה בעל החצר, עיי"ש, והריטב"א שמקשה זה ע"כ

(צ) הוסיף 'וכן נמי הלוקח שלקח ממנו' כו' עיי"ש. ולפי"ד נמצא דלהריטב"א הואיל ובאה המציאה לחצרו כשהיא עדיין אינה שלו, א"כ כשנהיה החצר שלו הו"ל לקנות. אבל אי נימא הפירוש בריטב"א כמש"כ הדברי משפט אין מחלוקת, דשאני היכא שלא היה חצירו קונה לו מחמת גריעות בחצר כגון כשאינו הווה להימצא, שאין שליטת בעל החצר על המציאה יותר מאיניש אחריני, וא"כ הוי כמו שלא באה המציאה לחצר, וכשמצאן בעל החצר הוכשר החצר לקנות, ואז באה המציאה לשליטתו והוי בהיתרא. אבל בקנה או ירש חצר ומציאה בתוכה, אלא שבאה המציאה לשם קודם יאוש, א"כ כל כח שהיה למרא קמא בחצר מסרו לשני, וכיון שהחצר לא קנתה בשעתה [אע"פ שהיה הווה להימצא] דהא באיסורא בא לשם, אז לא שייך לומר שכל זמן שלא קנה הרי"ז כמו שלא בא לחצירו. היוצא לנו שיש פנים לכאן ולכאן, יש צד לומר שלוקח חצר ומציאה בתוכה יש בה משום באיסורא אתי לידיה, אבל מציאה שלא היה הווה להימצא הוי בהיתרא. ויש פנים לומר ההיפך כמש"כ בפנים, שלוקח חצר ומציאה בתוכה לא הוי באיסורא אלא בהיתרא, כיון שלבעלים לא היה שעת איסור [הגם שלחצר היה שעת איסור] אבל מציאה שלא היה הווה להימצא מיקרי באיסורא אתי לידיה, דאפי' דלא הוי מצי לקנותו בההיא שעתא מ"מ מיקרי בא לחצר.

3 ובאמת באמרי ברוך על הש"ך (סי' רס"ח ס"ק ב') מביא את הריטב"א כחולק על הש"ך והנך שיטות דחצירו כידו לגבי באיסורא אתי לידיה, וצ"ע כמובא בפנים, ועי' לקמן.

4 מהמיוחס לריטב"א מוכח חילוק האמרי משה (סי' ל"ט) בין איסורא אתי לידיה דידו, שאפי' אדם אחר אינו יכול לזכות בה אחר יאוש [כמוש"כ המיר' לריטב"א דף כ"א: ד"ה בדבר שיש בו סימן] לבין איסורא אתי לידיה דחצר, שאפי' בעל החצר עצמו מצי זכי בה לאחר יאוש ע"י קנין אחר.

בכניסת הרבים שיקנו ממנו והרי היא כרה"ר. וכל זה לרבא דאמר ישל"מ קונה, אבל לאביי דאמר אינו קונה וקיל"ן כוותיה אי אפשר לחצירו לקנות לו, משום דבאיסורא בא לו ותו לא קניא כידו" עכ"ל. [ועי' מגיד משנה מש"כ על דברי הראב"ד (פט"ז מהגוז"א ה"ד) דהנה הרמב"ם שם כתב בד"ן דמצא בחנות וז"ל: "ולמה לא תקנה החנות לבעליה, לפי שאינה חצר המשתמרת, ואע"פ שבעליה בתוכה צריך לומר תקנה לי חנותי". והשיג עליו הראב"ד ואמר דאפי' אם יאמר לא מהני, משום דהמציאה קאתי לחצרו קודם ייאוש. וכתב עליו הה"מ פירוש, דהראב"ד מפרש כאביי דאמר ישל"מ אינו קונה] ועוד ראה מוכחת מהש"ך (סי' רס"ח ס"ק ב') שכתב וזה תו"ד: "אלא מעיקרא לק"מ, דפשיטא דטעמא דחנות לא הוי משום ישל"מ, דא"כ קשיא מתני' דחנות לרבא דס"ל ישל"מ הוי יאוש, ואיך יהיה רבא נגד המשנה כו".⁵ ובע"כ צ"ל דגם הרא"ש ונמוק"י לא באו לומר שאין תירוץ אחר זולת זה דחצירו כידו, דא"כ

אין דרך בנ"א לאבד ממונן לדעת אז אמרינן כן, אבל לפירושו הראשון שהטעם הוא שתולין בבני רה"ר ואייאשו, ומחציו ולפנים של בעה"ב דזכה לו חורו, אין סיבה וסברא לומר דאייגנדר, דאפשר שמתחילה הניחו אחד מרה"ר כלפי פנים. ועדיין צ"ב.]

הוכחות מהראשונים דלא כמחנ"א והדברי משפט

ונראה להוכיח מכמה ראשונים דלא כמחנ"א. תחילה למקראי קודש הינו הרמב"ן (דף כ"ה. ד"ה מתני') שכתב וז"ל: "ומצא בחנות שהן שלו מפני שהוא יאוש בעלים, ואין חנותו קונה לבעלים מפני שאינו מקום המשתמר, ולאביי דאמר ישל"מ לא הוי יאוש, היינו טעמא משום דכי אתי לידיה באיסורא אתי לידיה כלומר מקמי יאוש, ולא עדיפא חצירו מידו". עכ"ל. והחזיק אחריו הרשב"א (דף כ"ו: ד"ה מצא בחנות בסוה"ד) וז"ל, "וא"ת תיקני ליה חצירו לבעל החנות כו". שאני הכא דהוא רה"ר, שהחנותי רוצה הוא

5 עי' ברעק"א (בכ"ח כ"ו: וברמב"ם פט"ז ה"ד עה"ג) ובחמד"ש (כ"ו. ד"ה וראיתי בש"ך חו"מ) שתמהו על הש"ך, דודאי רבא מודה שבשעת נפילה ממש לא הוי יאוש, דהא סברתו היא דאילו הוי ידע הוי מייאש וזה לא שייך בשעת נפילה ממש, דאדרבה אילו הוי ידע בשעת נפילה היה מגביהו (עי' סמ"ע רס"ב סק"ח). ורבא לפי סברתו שהבעלים אלו הוי ידע הוי מייאש א"כ בעינן עכ"פ שיגיע למצב הזה, אבל בשעת נפילה ממש יודה רבא דלא הוי יאוש, וכמו בדבר שיב"ס דמודה רבא דכל עוד דלא שמעינן דמייאש לא הוי ייאוש. וה"נ נימא בחנות שהגיע המציאה לקרקע החנות בשעה שאילו הוי ידע לא הוי מייאש - אלא היה מגביהו - גם רבא יודה דישל"מ לא הוי ייאוש. [וברעק"א ביאר עפ"י דברי הראב"ד בההיא דחנות שכתב שם יעוד שזהו פיקדון ואין יאוש אלא באבידה עיי"ש]

ונראה לתרץ קושייתם עפ"י דברי הש"ך הידועים (סימן שנ"ח ס"ק א') שכתב וז"ל: "ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר, ויאוש שלא מדעת שאני שגם אח"כ אינו מתיאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובעל כרחו הוא מתיאש, א"כ אמרינן מעיקרא באיסורא אתי לידיה - דבמה יקנה, אי ביאוש הא השתא אינו מתיאש, ואילו היה יודע שהוא אצלו לא מתיאש. משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצה א"כ השתא נמי

תיקשי מתני' לרבא, אלא כוונתם דלפי האמת דקי"ל כאביי יש לתרץ כן כו', עיי"ש עוד. הראשונים שצינו לשני הטעמים שלא יקנה לו האבידה בחצר, בראשונה משום שהחצר אינה משתמרת לדעת הבעלים, וכן המציאה ומשמע מדבריהם ששני התירושים נאמרים בחדא מחתא, היינו מדברי הש"ך בדעת התוס'. ומאידך ציינו גם כן

בהתירה אתי לידיה, דמסתמא אינו מקפיד על זה"ע. והיינו שדוקא באבידה ס"ל לאביי ישל"מ לא הוי ייאוש, כיון שאילו ידע היכן חפצו לא היה מתייאש הוי יאוש בע"כ של הבעלים, ולכך אין עושין מעשה על סמך ייאושו העתידי, שאע"פ שבודאי יתייאש בסוף דיה לצרה בשעתה. משא"כ במה שהיה רוצה בה מרצון נפשו השלימה, לכתחילה יש לסמוך עליה. [ורבות דובר באחרונים אי כוונת הש"ך לחלק בין מרצון לבעל כרחו, או שכוונתו שאילו הוי ידע כו' לא היה מתיאש שאין ידיעה לחצאין, ואכמ"ל] וא"כ רבא שחולק וס"ל ישל"מ הוי יאוש, על כרחך סבר דלא אמרינן אילו הוי ידע היכא נפל לא היה מתייאש וכו', אלא כיון שסופו להתייאש - הגם שיהיה על כרחו - הוי יאוש. וביאורן של דברים הוא, כיון שהאבידה אי אפשר לה לחזור לבעליה דהא אין בה סימן, הרי היא כבר אבודה ממנו לגמרי, ועצם זה שהיא אבודה כל כך שלא יחזור אליו מפקיעה בעלותו ממנו זה. והיינו דאמר' בגמ', רבא אמר הוי יאוש דלכי ידע דנפל מייאש מימר אמר סימנא ל"ל בגויה מהשתא הוי יאוש. ופרש"י ד"ה מהשתא, "שהרי נפל וכשיודע שוב אין דעתו עליו". ולכאורה מהו לשון רש"י שהרי נפל ומה כוונתו בזה לסברת רבא, ולפי האמור א"ש, שסברת רבא היא שכיון שנאבדה הימנו פקעה בעלותו מהחפץ, והעדר היאוש בפועל אינו מעכב הפקעת הבעלות, שאין היאוש של הבעלים גורם להפקעת בעלותו, אלא עצמות האבידה שאינה עתידה לחזור לבעליה מפקיע את הבעלות.

ועי' בחי' הגר"ד לנדו (ב"מ) שכתב כע"ז [וכ"כ בלא הכרח הש"ך סי' שנ"ח], והביא ראיה מתוס' (ב"ק ס"ח: ד"ה מה) שהקשו דאפי' למ"ד סתם גניבה יאוש בעלים מ"מ בעינן שיידיע עכ"פ הבעלים שנגנבה, דקי"ל יאוש של"מ לא הוי יאוש. ותי' דאירי בזמן שמסתמא כבר ידע הבעלים עיי"ש. ומשמע דלרבא דס"ל ישל"מ הוי יאוש לא קשה, ולכאורה הא בעינן שיהא בשעה שאילו ידע הוי מייאש, ובשעת גניבה ממש ודאי לא היו הבעלים מתייאשים אלא היו רודפים אחר הגנב, ועל כרחך כנ"ל. [ועי' בריטב"א כ"א: ד"ה כי פליגי שכתב דאפי' לא נתייאש לבסוף כלל גם כן ס"ל לרבא דהוי ייאוש, דכיון דלית בה סימן כאבודה ממנו ומכל אדם דמי ע"כ. והיינו דרבא ס"ל שאין אנו דנים על היאוש של הבעלים אלא על מצב האבידה, שאבידה זו ראוי להתייאש הימנה והוי יאוש אפי' בע"כ של בעלים. ועי' באחרונים מה שדנו ברש"י ותוס' כ"ו: בראה סלע שנפלה משלושה עפי"ד הריטב"א הנ"ל] וא"כ ה"ה בשעת נפילה ממש הוי יאוש, דלרבא לא אמרינן אילו הוי ידע וכו' כנתינת טעם דהוי יאוש, אלא כיון דאילו הוי ידע כו' הרי"ז מוכיח שאבידה זו ראוי להתייאש הימנה ואין שייך בה דיני השבה, ומשו"ה היא מותרת. וא"כ אפי' לו יצויר אופן שאילו הוי ידע לא היה מתייאש, כגון בשעת נפילה ממש, ואתי ליד המוצא בשעה זו, הרי היא מותרת.

ולפי"ז יתורץ דברי הש"ך, דלרבא א"א לומר הטעם שלא קנה בעל החנות מטעם באיסורא אתא לידיה דחצר, דכיון שבעצמותו של ההיא נפילה ראוי להתייאש, אזי היאוש הוי ממילא. ולכאורה כדברי הש"ך מבואר בכלל הני ראשונים שהובאו בפנים. ועוד דהראשונים (בדף כ"ו:) גרסו רבה ולא רבא, ומשום דלא ס"ל ליישב הגירסא רבא כמו שתי' רעק"א. [ומש"כ החמד"ש להוכיח מש"י בשם ריטב"א בחלתא, יש לדחות, ועוד דהריטב"א ג"כ גרס רבה בההיא דהמתין לה עד שנתייאשו כו']

בקצוה"ח (קצ"ח סק"ב) ובדברי אמת (להגר"י בכ"ר דוד, בענין הקניינין סי' א') שהשוו לדברי הש"ך את דעת התוס' חיצוניות הובא בשיטמ"ק (ב"מ כ"ו) אמתני' דמצא בגל וכו' שכתב שאם האמוריים הטמינו את המטמון לא קנה בעל הגל המטמון ע"י קנין חצר, שאין החצר קונה [שלא מדעתו] אלא אי היה חצירו קודם שבאה המציאה לשם, ובכה"ג כבר היה המטמון בחצר קודם שנהיה חצרו. ובזה מיישב הקושיא דמאי איבעיא לן בקידושין (בדף כ"ו.) אי בעינן צבורין באגב או לא, הא אי בעינן צבורין כבר יכול לקנות בקנין חצר ואין צריך לקנין אגב. ולפי הנ"ל אתי שפיר, דמדין חצר א"א לקנות בכה"ג, אלא כשבא לחצר אח"כ.⁷

ובחי' הגר"ש שקופ (ב"מ סי' כ"ג) ובקהילות יעקב (ב"מ סי' כ"ז) הקשו מה ענין זל"ז, ואדרבה, הש"ך בסי' קצ"ח כתב בפי' שמועיל כשמקנה קודם החצר ואח"כ מקנה המטלטלין, ולדעת התוס' חיצוניות לא מהני, דאל"כ למה לא יועיל שיזכה בעל הגל קודם בחצר ואח"כ יקנה המטמון בחצר, וע"כ דס"ל שצריך שבפועל יבוא החפץ אחר

לטעם השני, היינו לדידן דס"ל כאביי דישל"מ לא הוי ייאוש, וחצירו כידו, וכל שבא לחצירו קודם יאוש שוב לא יזכה לו חצירו דבאיסורא אתי לידיה. ש"מ דלא ס"ל כהמחנ"א והדברי משפט שכתבו דחצר שאינה יכולה לקנות ליכא בה דין של באיסורא אתי לידיה ואילו נפלה בה מציאה יכול הבעלים לקנותה אחר ייאוש, דאילו סברו הראשונים כן לא הו"ל לציין לב' הטעמים הנ"ל יחדיו שהרי תרתי דסתרי ניהו, שאם החצר אינה משתמרת תו לא שייך הטעם דאנן קי"ל כאביי דבאיסורא אתי לידיה.⁶

דברי הש"ך בענין חצרו וקניינו באין

כאחד

אבל מאידך מצאנו לכאורה בש"ך כסברת המחנ"א. ובהקדים, דהנה ידועים דברי הש"ך (סי' קצ"ח סק"ז, וסי' ר"ב סק"ג) שאם חצירו וקניינו באין כאחד אינו קונה, אלא בעינן שיקדים ויקנה את החצר ואח"כ יקנה את המטלטלין שבתוכו, דבעינן שיהא כבר חצירו קודם שיבוא לקנות המטלטלין. ויעוי'

6 שו"ר בגליון מהרש"א חו"מ (סי' ר"ע א') שציין לחשובת מקום שמואל (סי' א') שנסתפק, באופן שחש"ו מצא מציאה בחצר של אדם אחר - כשלא היה קונה לבעל החצר מחמת שאינו הווה להימצא, אי יש בהן גזל מפני דרכי שלום. והגם דבעלמא קונה החש"ו בהפקר מפני דרכי שלום, אולי בכה"ג לא תיקנו לו כלל שמציאתו לעצמו, דכל התקנה הינה רק בנוטל מן ההפקר גמור, אבל כשמונח ברשות אחר אפי' באופן שאין רשותו קונה לו לא תיקנו תקנה לחש"ו. [וכע"ז כתב המ"מ פי"ז מהגזו"א הי"א שלא אמרו גזל מפני דרכי שלום אלא במקום הפקר ולא בשדה חבירו.] הרי להדיא שאפי' באינו הווה להימצא שלא קנאו בחצירו מ"מ מיקרי בא לרשותו, ודלא כמחנ"א.

7 וכ"ה בהג"א פרק אלו מציאות שם, ובשלט"ג בשם ריב"ן, ובדברי אמת הביא משו"ת הראנ"ח (סי' ע"ז) שמשמע ג"כ כהש"ך.

שכבר נעשה חצירו, משא"כ להש"ך בעי רק שיוקדם קנין החצר עכ"פ, אבל לא איכפ"ל מה שהיה החפץ שם מקודם⁸.

לו המטלטלין, אלא לכתחילה יכול לומר לו שיקנה כסדר זה קודם החצר ורגע לאחר"כ המטלטלין.⁹

ולכן חולקים האחרונים על הקצוה"ח הנ"ל וס"ל דהש"ך חולק על התוס' חיצוניות, ועיקר סברת הש"ך היינו דוקא במוכר ונותן, דאמרינן מדהקנה בבת אחת מסתמא קפיד שלא יאחר קניית המטלטלין מקנין החצר, אבל במציאה שפיר מצי קונה המטלטלין לאחר שכבר קנה החצר. וגם מדברי הרעק"א (ב"מ ט:) נראה שהבין בש"ך דטעמו משום קפידת המוכר שרוצה שהלוקח יקנה רק בבת אחת ולא שיקנה המטלטלין לאחר שיקנה החצר, משא"כ בהפקר שאין שייך סברא זו. ועי' חזו"א (ב"ק סי' ג' ס"ק י"ד) שג"כ חולק על הקצוה"ח, ועיי"ש עוד שכתב דלא בעינן שיקנה החצר תחילה ואח"כ יאמר לו שמקנה

ומדברי החת"ס נראה דס"ל כהקצוה"ח. והא לך דבריו שכתב לבעל הברוך טעם בשו"ת עטרת חכמים (סי' י"ד) וז"ל הנוגע לעניינינו: "מש"כ מר מטלי גיטך מעג"ק דפח"ח, אבל לא היה צריך לטעם דטלי גיטך, דאפי' כלי בעלמא אינו קונה אלא א"כ יעשה אח"כ קנין אחר לקנות הכלי. דאס"ד דקונה החצר ברגע הראשונה וברגע השני קונה הכלי ממילא בלא קנין חדש, וא"כ תהדר הקושיא לדוכתא אגב למה לי דע"ז סובבים דברי הש"ך סי' ר"ב, אע"כ דלא קנה כלל" עכ"ל.

והשיב הברוך טעם לבעל החת"ס (שם סי' ט"ו) וז"ל, "ומ"ש נעל דברי בדברי

8 ועי' גם בטבעת החושן (סי' ר"ב) בשם חושן אהרן (שם) בשם שו"ת ברית אברהם (או"ח סי' כ"ח) שדברי הש"ך הם דלא כהתוס' חיצוניות, ובהפקר מודה הש"ך דקונה אף בהיה החפץ שם קודם שזכה בהחצר. 9 מסתמא בא לשלול לפרש הש"ך כמש"כ הנתי"מ (סי' ר"ב סק"א עיי"ש). ומלשון הפנ"י (קידושין כ"ז, עי' לקמן הע' 11) נראה דלא כהחזו"א, אלא שצריך לומר לו קנה המטלטלין רק אחר שכבר קנה הלוקח את הקרקע, ולא מהני אם אמר מתחילה קנה הקרקע ואח"כ קנה המטלטלין. [נאולי הפנ"י לשיטתו (גיטין עז:)] דכשאמר המוכר לך חזק וקני, והלך והחזיק קנה למפרע משעת האמירה, לכך הוכרח לפרש בש"ך שחזור ואומר לאחר קנין הקרקע 'קנה המטלטלין', דאל"כ הרי למפרע הוברר שהיה בבת אחת דלא מהני לפי הש"ך. אבל אינו חולק בעצם על סברת החזו"א בגוף הש"ך. ואפשר שאף הקצוה"ח מודה בזה להחזו"א, דהנה להלן (בפנים) יתבאר שס"ל להקצוה"ח שרק במציאה והפקר לא מהני אם המטלטלין מונחים בחצר מקודם, אבל במקח וממכר מהני קנין חצר אפילו אם המטלטלין מונחים בחצר מקודם, בתנאי שאינו מקנה שניהם בבת אחת עיי"ש. א"כ יכול להיות שהקצוה"ח ס"ל כחזו"א בזה, דלא איכפ"ל שיהיה ההתרצות בבת אחת, והעיקר שהקנאות יהיו מופרדים זה מזה. וע"פ דברינו יתיישב דברי הריטב"א (קידושין שם) שכתב החת"ס (עי' לקמן הע' 10) דס"ל כהש"ך, וכבר העיר החת"ס שם שסותר דברי עצמו עיי"ש, וע"פ דברינו אתי שפיר.

ס"ק"ה) שהביא ראייה לזקנו החת"ס מהשיטמ"ק בשם תוס' חיצוניות הנ"ל.^{11 12}

ביאור שי' הקצוה"ח

וכדי לבאר שי' הקצוה"ח [והדברי אמת] בהבנת הש"ך, וליישוב קושיית הגרש"ש, נעתיק לשונו הזהב של בעל הטבעות זהב (להגר"ר משה אריה ליב שפירא זצ"ל, ראש ישיבת תורת אמת בירושלים בעיר העתיקה) על הקצוה"ח בסי' קצ"ח סק"ב, וז"ל בסו"ד: "ונלע"ד, דהנה כל עיקר החילוק שבין קנין חצר לקנין אגב הוא, שבקנין אגב המטלטלין נקנים באותו הקנין שהקרקע נקנית, זאת אומרת שהקנין שעשה בקרקע מועיל גם על המטלטלין. משא"כ בקנין חצר הוא שהחצר מצד עצמו קונה את המטלטלין שבתוכו, שע"י שהמטלטלין נכנסים בחצר ע"י הם נקנים, זאת אומרת שעצם ההכנסה לחצרו מקנה אותם לבעל החצר, ולא ע"י שהם נמצאים בחצר אלא ע"י פעולת ההכנסה,

רש"י ר"פ הזורק מצד דין דטלי גיטך כו' [בזה"ל 'אבל לא הי' צריך לטעם דטלי גיטך דאפי' כלי בעלמא נמי אינו קונה אא"כ יעשה אח"כ קנין אחר לקנות הכל' כו' עכ"ל, אחרי בקשת מחילה מהדרת כבודו אמינא שלא דק יפה בזה בכוונת הש"ך, ועל דברי לא שם לב כדבריו הרי שהיה שם ההקנאה בקנין חצר. אבל האמת לאמיתו שמודה הש"ך שהאומר לחבירו קני חצר זה ואני נותן לך גם מה שבתוך החצר, שקונה תחלה החצר וע"י החצר קונה מה שבתוכה, אבל כשדעת המקנה שיהי' קנין החצר עם המטלטלים בב"א א"א שתהא מצד קנין חצר רק בקנין אגב, וכך מפורש מדברי הריטב"א שהבאתי בתשובתי הקודמת" עכ"ל הברוך טעם.¹⁰

ונראה דבזה פליגי החת"ס והברוך טעם, דהחת"ס סבר כקצוה"ח והברוך טעם סבר כרעק"א והגרש"ש. ועיין בספר חתן סופר (שער המקנה והקנין, ענין חצר

10 וע"ע בדעת החת"ס בשו"ת חת"ס (אור"ח סי' קט"ז וק"י, יר"ד סי' ש"י, חו"מ סי' ס"ו).

11 עי' בספר המקנה (להגר"ר אליעזר זוסמאן סופר, ח"א כלל ט"ו פרט כ"א) בשם חמיו (שו"ת ריב"א סי' מ"ו) שדחה ראיית חתן סופר הנ"ל, והוא דחוק עי"ש. והאריך שם עוד במחלוקת העטרת חכמים והחת"ס, ועי"ש שהבית אפרים (חו"מ סי' מ"ד) ס"ל ג"כ כעטרת חכמים, והפנ"י (קידושין כ"ז) כחת"ס.

12 וי"ל עוד במחלוקת החת"ס והעטרת חכמים, דסבר החת"ס דכיון שהמוכר אמר בבת אחת, וזה אי אפשר, א"כ נהי שיש אומדנא דלא איכפ"ל למוכר וללוקח שיקנה רגע אח"כ – שהרי אילו הוו ידעי שלא יקנה בכה"ג היו מפרשים שיקנה באופן המועיל, - מ"מ כיון שאין דעתן ע"ז להדיא אין החצר קונה בכה"ג שלא מדעתו, דקנין חצר (שלא מדעתו) עניינו הכנסה לרשותו ואין עניינו הוצאה מהבעלים, ובלא דעת אין הממון יוצא מאליו מהבעלים. ועי' דברות משה (ב"מ סימן נ' ענף ב') במוסגר שהביא דברי הנהיג"מ דחצירו קונה לו של"מ גם במתנה, אפי' שאין דעת אחרת מקנה להדיא אלא מכח אומדנא דודאי נח"ל לבעלים שיקנה. והדברור"מ חולק ע"ז מהטעם הנ"ל, ודייק כן מהמחנא" (קנין חצר י"ב). והברוך טעם ס"ל כנתיה"מ בזה.

שבזה הם נכנסים לרשות הבעלים. אלא שהיכא שיש דעת אחרת מקנה, שיש כאן כונה להכניסם לרשותו, מהני אפי' אם הם מונחים לפני שקנה החצר. וא"כ במציאה דליכא דעת אחרת אינו נקנה אלא אם הי' הכנסה בפועל, דהיינו שבשעה שהחצר כבר היתה שלו נכנסה המציאה לחצר,¹³ או שהבעלים יכונו לקנות ע"י חצרו, שבזה הם נכנסים לרשותו, אבל כשמצא בגל שעד הנה לא ידעו הבעלים כלל מזה, והמציאה היתה מונחת שם לפני שהבעלים זכו בחצר לא קנה. וזהו הפי' בדברי השטמ"ק הנ"ל עכ"ל.

ואפשר לבאר העניין בשינוי קצת מהטבעות זהב, דלעולם בעי שיוקדם קנין החצר לקנין המטלטלין, וכשהמטלטלין הוא הפקר ומונח בחצר הפקר, אז אי אפשר לצייר שיהיה החצר שלו קודם שיכנס גם החפץ לרשותו, דמהות קנין חצר הוא עצם הדבר שנכנס החפץ לרשותו, ואפי' יאמר בפירוש שאינו רוצה לזכות בחפץ רק בחצר, לא יועיל זה שיקנה החפץ רגע לאחר מ"כ ע"י חצר זו, דכיון שקנה החצר בפועל נכנס גם החפץ ברשותו, וכיון שלא קנה החפץ אין אח"כ שום התחדשות קנין על החפץ ע"י זה החצר. שהחפץ לא נכנס עכשיו לרשותו יותר מקודם, ולא הועיל כלום מה

שגם הוא רצה שלא יקנה, כיון שהחפץ נכנס לרשותו בע"כ, ומה שאינו רוצה שיקנה לו אינה מוציאה החפץ מרשותו. אבל כשהחצר והחפץ שייכים לאדם אחר דאז בעינן גם הקנאת בעלים, בכה"ג אפשר לצייר שיהיה הקנאת החצר מופרדת מהקנאת החפץ אע"פ שהחפץ מצוי כבר בחצר בשעת הקנאת החצר. תדע, אם יקנה החצר בלא החפץ בתוכו אזי אין נחשב כלל שהחפץ בא לרשותו כיון שהוא של אחרים, ואין שליטת בעל החצר כוללת שליטה גם על חפץ זה, ובפרט לפירושם (ב"ב פ"ה). הובאו דבריו בט"ז וקצוה"ח (סי' קפ"ט) שמקום הפיקדון קנוי לנפקד, כ"ש שלא נקרא שבא לרשותו. ואפי' אם נאמר דלא כפי' רשב"ם (ע"י בהערה¹⁴), מ"מ כיון שהחפץ יש לו בעלים אזי הבעלות מפקיע החפץ מרשות בעל החצר להיעשות ע"י קנין רשותו, דאין לו רשות ללוקח החצר לקנות את החפץ. ולכך ס"ל להש"ך דבמקח וממכר מועיל שיקנה החצר ואח"כ החפץ, דהא קודם הקנאת החפץ החזיק בעל החצר בחפץ בלא רשות וע"י הקנאת החפץ מחזיקו ברשות המוכר בחצרו. משא"כ דבר הפקר שלא שייך ברשות, וכל מקום שחפץ הפקר שם דינו של החפץ כדין מקומו, וכיון שהחצר שלו

13 היינו בשעה שזוכה בהחצר תהיה כוונתו לזכות גם בהמציאה שבתוכו, ולפי מש"כ באופ"א קצת לא יועיל כה"ג.

14 ויל"ע אי נחשב כאן לנפקד, דכוונת שניהם לקנות החפץ לבסוף (ועי' פרישה ריש סי' רמ"א). וכמו דאמרין (ב"ב שם) ברשות לוקח משקיבל עליו מוכר קנה לוקח, ולפי הרשב"ם קשה, הא נעשה רשות נפקד, ועל כרחך צ"ל דאי הונח שם על דעת להקנותם לבעל החצר נשאר המקום ללוקח.

דכיון שנעשה המטלטלין ברשותו והחצר נעשה שלו כאחד, הרי הוכנס החפץ ברשותו בלא קנין רשותו, דלא מהני אח"כ חצירו, שלא נתחדש לאחמ"כ שום מעשה קנין בחפץ.

ולכאורה היינו ממש כסברת המחנ"א, דכל שיש עוד סיבה שלא יקנה המטלטלין ע"י החצר, מלבד זה שהגיע החפץ בחצר באופן שלא קנה בשעתו, הרי שאין אנו מתחשבים לשעת הגעת החפץ בפועל לחצר כשעת ההכנסה לרשותו, אלא כשיסתלק המעכב הראשון יחשב כשעת הגעת החפץ לחצר ובהיתרא אתי לחצרו, ודכוותה בהש"ך שהגיע החפץ אחר שהיה כבר חצרו.

וצ"ל דס"ל להש"ך דלא דמי מציאה למו"מ גם לענין זה, ועפ"י דהש"ך (סי' ר' סק"ה) דבמציאה אין לחפץ בעלים, עיי"ש לעניין שיקנה המקום לבעל הכלי דבמציאה לא שייך זה. ועי' ביה"ל (ח"ג סימן מ"ה

א"כ החפץ ברשותו אע"פ שלא קנאה מאיזה טעם שיהיה, וא"ש דהתוס' חיצוניות אזיל כשי' הש"ך.¹⁵

ראיה מהש"ך לדברי המחנ"א, והדחיה

נמצינו למדים מהש"ך דכל החיסרון של חצרו ומטלטלין באין כאחד היינו כשאין עוד מעכב מלקנות המטלטלין זולת זה שנקנו בבת אחת עם החצר, דאז מיקרי שבא לרשותו ועכ"ז אינו נקנה משום שאין מועיל לקנותו בחצר אח"כ אלא בעי קנין מצד אחר, אבל כשיש סיבה אחרת שלא יקנה המטלטלין והוא מחמת שהמוכר לא היה דעתו למכרו ביחד עם החצר, א"כ אין הגריעותא בזה שהחפץ היה כאן קודם קנין החצר, ואין משמעות להימצאות החפץ בחצירו, דהא מעוכב הוא מלזכות בו בלא"ה. ולכך הרי"ז כמו שלא בא כלל לרשותו ומצי קני אח"כ בחצר, דנחשב שמכניסו עתה לרשותו וכנ"ל. דרק כשלא מחסר הקנאה על המטלטלין ומצי לקנותו מיד בזה אמרינן

15 ועדיין דוחק קצת לפרש כן בדעת הש"ך, דהא לא הביא הש"ך בההיא דמצא בגל לתרץ כתוס' חיצוניות, ואי ס"ל כוותיה הו"ל לומר כן. ואי נימא שאין דעת הש"ך כתוס' חיצוניות א"ש. [ועי' בס' שמרו משפט על חוקות הדיינים ח"ב רטו', שדייק הכי גם בתוס' שלנו, מדלא תירצו כתוס' חיצוניות אלמא דלא סבירא להו] ויעוין בנתיה"מ (סי' ר"ס סעי' א' סק"א) ורעק"א (שם) שחלקו על תירוצו הסמ"ע בשם המרדכי בשם רבינו ברוך, משום שרבינו ברוך יחידאה הוא לעומת שאר הראשונים שלא ס"ל כתירוצו, והראיה דפליגי עליה - מדתירצו תירוצים אחרים על קושיא זו אלמא לא ס"ל כן, וה"נ יש לדייק בדעת הש"ך מדלא תירץ כהתוס' חיצוניות במצא בגל. וע"ע בנתיה"מ (שם) דהש"ך (שם סק"י"ח) ס"ל דמצא בחנות הטעם שאינו נקנה לבעל החנות ע"י חצרו הוא משום שאינו משתמר לבעל החצר דרבים נכנסין ויוצאין שם, וזה לבד אינו ראיה, דלא שייך שם תי' התוס' חיצוניות, וק"ל. [אלא שמ"מ אין זה ממש כמו שדייקו הנתיה"מ ורעק"א מהראשונים דלא כרבינו ברוך, דהתם תירצו הראשונים תירוצים אחרים, אבל כאן לא הודיע לנו הש"ך דעתו בההיא דמצא בגל]

סק"ג) שר"ל עפ"י מש"כ האחרונים דביאוש אינו יוצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה (עי' נתיה"מ סי' רס"ב סק"ג), דאפשר שאף במציאה [של ישראל] יקנה המקום לבעל האבידה, ולא יהני ד"א לקנותה אלא כשהמוצא הגיע שם קודם המציאה. [ועי' נתיה"מ (סי' ר"ס ס"ק י"ג) שכתב כן כשהיה דרך הינוח עכ"פ, ולהביה"ל אפי' דרך נפילה שייך לומר כן.]

וה"נ יש לחלק בין היכא שלא קנה המציאה מחמת שאינו הוזה להימצא, דכיון שהחפץ אין לו בעלים ואין עיכוב לקנות

החפץ כשלעצמו, אלא שחצר אינו קונה באופן שאינו הוזה להימצא, אבל ברשותו מיהא הוי,¹⁶ ומשו"ה חשיב ג"כ באיסורא אתי לידיה. משא"כ בההיא דהש"ך (סי' קצ"ח) דמה שאינו קונה החפץ אינו משום שלא עשה הזוכה קנין המועיל לקנותו, אלא שהחפץ כשלעצמו אינו עומד עכשיו למכירה וקנין, דהבעלים לא הקנו אותו עתה כלל, ובזה מסתבר שפיר לומר שלא חשיב שבא החפץ לרשות בעל החצר מקודם, ורק בהקנאת המטלטלין אח"כ נחשב שבא לרשותו, שהיא שלו מכבר.

16 ועי' קצוה"ח (סימן ר"ב סק"ז) שכתב דנהי דחצר שאינו משתמר אינו קונה, מ"מ תפוס מיהא הוי. וא"כ לפי הדברי משפט שהרחיב לומר סברת המחנ"א גם בחצר שאינה משתמרת, ודאי י"ל דמציאה אינה כמקח וממכר, דהא תפוס מיהא הוי במציאה [משא"כ כשיש מר"ק]. אלא אף להמחנ"א שכתב כן רק בדבר שאינו הוזה להימצא י"ל לדעת הש"ך עכ"פ שאינו כן רק במו"מ וכמשנ"ת בפנים.

הרב מנחם מנדל פרידמן

ילד שמצא מטבע במקום שחילקו בו דמי חנוכה לילדים, והמסתעף

מעשה בחנוכה בשנה זו [תשפ"ג] בבני קהילה שהתאספו במתנ"ס עירוני יחד עם כל ילדי הקהילה, וחילקו דמי חנוכה לכל ילד מילדי הקהילה. במעבר שהילדים עברו בו לקבל דמי חנוכה מצא ילד אחד מטבע, כך שהיה נראה שנפל המטבע מידו של ילד אחר שקיבל כבר מטבע, ומכיוון שהיה זה במעבר שהילדים עמדו בו בתור לחלוקה אין צד לתלות שהילד המאבד הספיק כבר להביא את המטבע לאביו. ונשאלה השאלה, האם הילד שמצא את המטבע רשאי ליטול את המטבע לעצמו, או שהוא חייב להניח את המטבע עד שיבוא אליהו. ושורש הספק הוא, האם הוא בגדר יאוש שלא מדעת שאין יכול ליטלה לעצמו - ואף שאין בו סימן דינו שיהא מונח עד שיבוא אליהו, או קטן שאני, וכדלהלן.

ולאחר העיון נראה שנידון זה תלוי בכמה שאלות יסודיות בהלכות אבידה ומציאה, וכדלהלן:

א. האם יש לקטן יד לזכות במטבע. ב. על צד שיש לו יד, האם זוכה לעצמו או לאביו, שאם זכייתו לאב הרי האב לא ידע בשעת הנפילה והוי יאוש שלא מדעת. ג. על הצד שזוכה לעצמו, האם מועיל יאוש בקטן. ד. לדעת הסוברים שמועיל יאוש בקטן, האם יש במעות אלו הסברא שאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה והוי יאוש מדעת. ה. לדעת הסוברים דלא מהני יאוש בקטן, האם יש לצרף דעת הרמב"ם בספק הינוח שבאין בו סימן זוכה לעצמו אף קודם יאוש ואין בזה דין באיסורא אתי לידיה. ו. בדעת רעק"א שבאין בו סימן אין חיוב השבה. ז. ידון האם שייך לומר קים לי בהשבת אבידה. ח. בעניין אבידות בזמן הזה. ט. על הצד שדין המטבע הרי אלו שלו, האם יש חיוב לפנים משורת הדין להניח עד שיבוא אליהו. י. על צד שלא מועיל יאוש בקטן, האם מקום שרבים מצויים שם חשיב כזוטו של ים. יא. להצד שחשוב כזוטו של ים האם מועיל זוטו של ים בקטן, שלכאורה תלוי בגדרי זוטו של ים. יב. האם קטן המשיב אבידה יכול להוציא את האבידה מתחת ידו אף ללא סימנים. יג. טענה נוספת שיש לדון, שהקטן מתרצה כיון שלא יבוא לידו, ועפ"י ד"הש"ך (בס"י שנ"ח) שמועיל אומדנא על נתינה ואף בהנאה של כילוי. יד. האם שייך לדון אומדנא על קטן.

נידונים נוספים שיש לברר בדיני השמירה בקטן:

טו. נידון נוסף שיש לדון הוא, על צד שיהא מונח עד שיבוא אליהו האם נעשה שומר אבידה עבור קטן. טז. עוד יש לברר האם קטן נעשה שומר אבידה. יז. יש לברר האם חיובי שומרי אבידה שייכים לפרשת השבת אבידה ודיניהם ככל דיני ספיקות בהשבת אבידה, או שדין השומר שבו דינו ככל דיני ממונות. יח. עוד יש לדון על הצד שקטן נעשה שומר אבידה, האם רשאי להחזירו לקטן, או אינו שמירה מעלייתא כיון שאצל הקטן הרי הוא כאבוד.



א. האם יש לקטן יד ליכות

השאלה הראשונה שיש לדון בה היא למי היו שייכים מעות אלו, והיינו האם הקטן שנפלו ממנו המעות זכה בהם. והנה בגמרא גיטין (ס"ד) מבואר בזכית קטן שחלוק דינו, שאם בהגיע לדרגת צרור וזורקו אגוז ונטלו [כבן שש ושבע] זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים, ובפחות מכך אין זוכה לא לעצמו ולא לאחרים, וכן נפסק בשו"ע הלכות מתנה (רמ"ג ט"ו).

ונתקשו הראשונים, שהרי בגיטין (נ"ט ע"ב) שנינו משנה ערוכה שמציאת חרש שוטה וקטן אין בהם גזל אלא מפני דרכי שלום, ואף ר' יוסי שאומר גזל גמור האמר רב חסדא גזל גמור מדבריהם, הרי שאינו זוכה מן התורה.

וכתב הרשב"א ליישב ולחלק שבמציאה שאין דעת אחרת מקנה אינו קונה מן התורה, משא"כ בקניין עם דעת אחרת מקנה קונה מן התורה, וכן דעת הר"ן פרק התקבל, וכן פסק הרמ"א (שם).

ולעומת זאת הש"ך שם (ס"ק ו') האריך לחלוק, ומסיק שאין לחלק בין מציאה למתנה, אלא בקטן הפחות משיעור של צרור וזורקו אין לו זכיה אלא מדרבנן, ובהגיע לדרגת צרור וזורקו יש לו זכיה מדאורייתא ואף בלא דעת אחרת מקנה. והמשנה של מציאת חרש שוטה וקטן אין בהם גזל אלא מפני דרכי שלום איירי בקטן שלא הגיע לדרגת צרור וזורקו אגוז ונטלו¹.

ולהבנת הדברים בביאור דברי הראשונים שחילקו בין דעת אחרת מקנה

1 יש להעיר לפי דברי הש"ך, מדוע אין מתנת קטן מתנה בהגיע לדרגת צרור וזורקו אלא אך מדרבנן כמבואר בגיטין נ"ט, והרי יש לו דעת, כדמוכח מדזוכה מן התורה אף בהפקר שאין דעת אחרת מקנה אותו.

צורת הקניין היא ע"י הקונה. [וכע"ז מבואר בחידוהרי"מ שם].

שוב מצאתי בחידושי ר' שמעון (ב"מ ס"י י"ב) שכתב לבאר עניין דעת אחרת מקנה שהמקנה פועל את כל הקניין בהסכמתו לקניין, וא"צ כלל את יד הקטן כחלק מהקניין אלא בזה שמכניסו ליד הקטן פועל המקנה את הקניין. ובאמת לפי דבריו לכאורה ראוי להועיל אף בפחות מהגיע לדרגת צרור וזרקו אגוז ונטלו. [ועי' בשיעורי הגר"ש רוזובסקי סנהדרין ס"ח שגם לזה צריך יד כל שהוא שמניחו המקנה להחזיק].

והנה במעשה שלפנינו יש לדון, האם יש לתלות שנפל מקטן שהגיע לדרגת צרור וזרקו אגוז ונטלו שזכייתו מן התורה אף לדעת רמ"א כיון שהיה כאן דעת אחרת מקנה, או שאפשר לתלות שנפל מקטן שהוא פחות משיעור צרור וזרקו אגוז ונטלו שאין זכייתו אלא מדרבנן, ואף איסור לא תגזול לרבי יוסי שסובר גזל גמור, היינו

למציאה, הקצוה"ח (סי' רע"ה ס"ק ד' ובסי' רל"ה ס"ק ד') ייסד שדעת אחרת מקנה הוא מדין 'זכין', שהמקנה מזכה עבור הקונה את הכוונה לקניין וזכין לקטן².

אמנם בשו"ת חוט המשולש (ח"ב ס"ה) חולק וסובר שדעת אחרת מקנה מועיל, שנחשב שהמקנה פועל את הקניין עבור הקטן ואינו מדין זכייה³.

ולכאורה, בשלמא אם דעת אחרת מקנה הוא שהמקנה מזכה עבור הקונה את הכוונה לקניין אתי שפיר, שבפחות מגיל של צרור וזרקו אגוז ונטלו יש לו חיסרון בעצם היד, משא"כ בהגיע לשיעור זה החיסרון הוא בכוונה - ולזה מועיל הזיכוי מהמקנה⁴. אבל אם ההבנה בדעת אחרת מקנה היא שהדעת אחרת פועלת הקניין, צ"ב מדוע אינו מועיל בפחות מגיל של צרור וזרקו אגוז ונטלו. וצ"ל שבפחות מגיל זה אין ידו כלום ופעולת הקניין היא מתבצעת ע"י הקונה, ואף אם המקנה פועל הקניין

2 ואף שא"א לזכות בעלמא ע"י המקנה אלא ע"י אחר [שע"י המקנה לא חשיב שיצא מרשותו], כוונה שאני ואפשר לזכותה מהמקנה להקונה (כ"מ בקצוה"ח).

3 ואף לקטן שייך זכין אף שהוא מטעם שליחות מ"מ הוא פרשה בפנ"ע ששייך גם גבי קטן [וכן הוכיח הקצוה"ח בס"י רמ"ג י"א, מהא דגר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד ומשום זכיה, וכן מב"מ דף ח' גבי חרש ופיקח שהגביהו מציאה דקאמר בשלמא חרש קנה דקמגבה ליה בן דעת].

4 וכן כתב הקצוה"ח סי' רמ"ג סק"ה, וז"ל: "טעמא דקטן אינו זוכה במציאה משום דאין לו כוונה לזכיה, אבל במתנה דאפילו גדול אינו צריך כוונה לזכיה מש"ה זוכה נמי קטן. אלא דכשהוא פחות מצרור וזרקו אין לו יד כלל, והו"ל כשוטה דאין לו יד כלל, וכדמוכח בפרק חרש (יבמות ק"ג, ב) דאמרו שוטה אינה מתגרשת משום דכתיב (דברים כד, א) 'ונתן בידה' ושוטה אין לה יד ע"ש. ומשום הכי שוטה אפילו במתנה אינו זוכה לעצמו כיון דלית ליה יד כלל, אבל קטן וחרש דאית להו יד אלא דאין להם כוונה, וגבי מתנה לא בעינן כוונה וסגי בדעת אחרת מקנה, וזה נכון". עכ"ל.

מדבריהם⁵. ואף לדעת רמ"א שבדעת אחרת מקנה קונה מן התורה, היינו דווקא בהגיע לדרגת צרור וזרקו אגוז ונטלו. ואפשר שלא חייבו בהשבת אבידה חפץ שהוא שלו מדרבנן משום דרכי שלום⁶.

ויש לציין עוד שכשאחרים זוכים עבור הקטן שלא הגיע לדרגת צרור וזרקו אגוז ונטלו, מבואר בקצוה"ח (סי' רמ"ג סוף ס"ק י"א) שזוכה בו מן התורה, ובנידון דין יש לעיין האם חשוב אחרים זוכים עבורו, שאפשר שבשעה שחילקו המטבעות התכוון הנותן לקנות את המטבע השקל עבור הקטן מדין זכיה. אך באמת לא מסתבר שהיה לו כוונה לזה, ולדון אומדנא על זכיה לאחר ג"כ לא מסתבר.

נידון נוסף שיש לדון בנידון שלפנינו הוא האם הקטן צריך כוונת קניין, שלכאורה לדעת הרמ"א שפועל מדין דעת אחרת מקנה א"צ כוונת הקטן לקניין,

משא"כ לדעת הש"ך שיש לו יד בהגיע לדרגת צרור וזרקו אגוז ונטלו צריך כוונה לקניין. אמנם בקניין יד דעת מהרי"ט (הובא בקצוה"ח סי' רס"ח ס"ק ב' ובנתי"מ שם) שאין צריך כוונה לקניין, דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו חצר שקונה שלא מדעתו. ואף לדעת נתי"מ (קצ"ח ג) שבקניין יד צריך שיהיה כולו בתוך ידו מסתבר שהיה כולו בידו.

ג. האם המתנה שנתנו לו אחרים היא לאביו

מבואר במשנה בבא מציעא (י"ב א) "מציעא קטן לאביו". ובגמרא נחלקו שמואל ורבי יוחנן בטעם התקנה, לדעת שמואל הוא משום שבשעה שמוצאה מריצה אצל אביו, ור' יוחנן סובר הטעם משום איבה, ולפי זה מסיק הגמ' דלא גדול גדול ממש וקטן קטן ממש, אלא קטן היינו

5 בדבר אברהם (סי' כ"א) חקר האם גזל גמור מדבריהם היינו שיש לו קניין מדרבנן, ולסוברים שקניין דרבנן מהני לדאורייתא יהיה גזל מן התורה לאחר הקניין דרבנן, או שאינו של הקטן מדבריהם אלא לעניין לא תגזול ולא לעניין שיהיה ממש שלו. והעמיד בזה מחלוקת רש"י ותוספות ויש בזה נפק"מ לכמה עניינים, כגון ולד הנולד מבהמה שזכה בה מפני דרכי שלום האם שייך לו, כמו"כ יל"ד מה דינו לעניין 'תשביתו'.

6 ואפשר שתלוי בחקירת הדבר אברהם (הערה הנ"ל) שאם הזכיה מדרבנן הוא זכיה גמורה הרי הוא שלו אף מדאורייתא, אם קניין דרבנן מהני לדאורייתא וכוודאי מחוייב בהשבת אבידה, משא"כ אם כל הגזל גמור מדבריהם הוא לעניין לא תגזול ולא לעניין בעלות מסתבר שעל צד זה לא יהיה חיוב השבת אבידה. ואף האיסור גזילה מדבריהם אפשר שלא יהיה. ואף שבכל אבידה עובר נמי משום לא תגזול (כמבואר ב"מ דף כ"ו ע"ב) היינו כשיש חיוב השבת אבידה, אבל בלא חיוב השבת אבידה אין החפץ של הבעלים ואין לא תגזול. סמך לדבר מדברי הגר"ט שטען לחדש שהפרשה של יאוש באבידה אינו הפקעת בעלות, אלא היאוש פוטר מהשבת אבידה - וממילא פקעה בעלותו, שכל חפץ האבוד מהבעלים בעצם אינו משתייך לבעלים, שבעלות היינו שהוא תחת ידו ויכול להשתמש בו, אלא שהחיוב התורה בהשבת אבידה מחזירה את הבעלות, והיאוש פוטר מהשבת אבידה וממילא אין בעלות, ולפי זה כשאין חיוב השבת אבידה ממילא אין בעלותו בעלות ואין כאן לא תגזול.

על שלחן אביו בדעת אחרת מקנה מדוע לא יקנה ומאי שנא מאשה.

וכתב הסמ"ע לבאר (שם ס"ק ח') החילוק ביניהם מטעם חדש, שבמתנה לגדול מסתמא נותנים עבורו, משא"כ מתנה לקטן אין נותנים עבור הקטן הואיל ואינו משומר בידו, אלא נותנים לו אדעתא דאבוה. ולפי דבריו מיושבים ב' הקושיות, א' - מבואר החילוק, שבקטן יש חילוק בין סמוך על שלחן אביו ובגדול אין חילוק. ב' - נתבאר מה שקטן הסמוך על שלחן אביו אינו קונה ומאי שנא מאשה, שהוא דין מסוים בנתן מתנה לבן קטן משום שנותנו אדעתא דאבוה.

אמנם לכאורה סברת הסמ"ע אינה שייכת אלא בנתן אחר מתנה, אבל בנתן האב מתנה ודאי נותנו אדעתא דבנו, והן אמת שהרמ"א לא הביא דין הנמוק"י אלא בנתן אחר מתנה, אבל הנמוק"י כתב הדין גם באופן שנתן האב המתנה⁷.

וברמב"ן לעומת זאת מבואר טעם אחר, דלקטן בעצם אין יד, אלא בקטן הסמוך על שלחן אביו תיקנו לו יד, ומכיוון שאין לו יד בעצם משו"ה מציאתו לאביו. ומיושב בזה ג"כ ב' הקושיות הנ"ל.

סמוך על שלחן אביו וגדול היינו אינו סמוך על שלחן אביו. ובשו"ע (סי' ע"ר סעי' ב') נפסק כרבי יוחנן.

וכתב בנמוק"י וז"ל: "איכא מאן דאמר דכי היכי דאמרין במציאה שהיא של אביו, כן הדין אם נתנו אחרים מתנה לבן שתהיה לאביו, וכן אם נתן לו אביו מתנה לא קנה שהרי אין לו יד לזכות לעצמו כלל. וכי הרנב"ר ז"ל דמסתברא שהדין כך הוא בקטן הסמוך על שולחן אביו, אבל בגדול לא מחזור, דלא גרע מאשתו דקיי"ל דבעל שנתן מתנה לאשתו קנתה כדאיתא פרק חזקת הבתים (דף נ"א א), אף על פי שידה כיד בעלה ממש הוא". עכ"ל.

והנה הרמ"א (שם) פסק כהנמוק"י שמחלק בין קטן הסמוך על שלחן אביו לגדול, ולכאורה צריך ביאור בדבריו, שאם דינו כמציאה מדוע בגדול אין חילוק בין סמוך על שלחן אביו לאינו סמוך, ואם אין דינו כמציאה אלא הוא דין חדש לחלק בין קטן לגדול מדוע בקטן יש חילוק בין סמוך על שלחן אביו לאינו סמוך. ובביאור הגר"א (אות ו') נתקשה עוד, שהנמוק"י דימה דין מתנה לגדול לדין מתנה לאשה - שבעל שנתן מתנה לאשתו קנתה, ולפי"ז אף קטן הסמוך

ומה שיש לדון הוא על הצד שקונה מדרבנן, ואם נאמר שקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, האם יהיה חיוב השבת אבידה בחפץ שהוא שלו מדרבנן.

7 ולהיפך יש להעיר, שהנמוק"י לא כתב דין זה אלא בנתן האב מתנה ובהא לא שייך טעם הסמ"ע. וע"כ טעמא אחריני אית ביה משום שלא יצא מרשות האב, ולא איירי בנתן אחר, ומהיכי תיתי לרמ"א לחדש דין זה בנתן אחר מתנה שצריך לסברת הסמ"ע.

שקצים ורמשים דקאכלי להו, מעיקרא איאוש מייאשי מיניה. יתמי דלאו בני מחילה ניהו מאי, א"ל באגא בארעא דיתמי לא מחזקינן עיי"ש. ומבואר שקטנים חשיב יאוש שלא מדעת, מכיוון שלא מועיל יאוש בעודם קטנים⁹.

וכן הוא בנתיה"מ (סימן ר"ס ס"ק יא) וז"ל, "ולפ"ז ה"ה באבידה בדבר שאין בו סימן, כשנתוודע לו בעדים שהוא של יתומים חייב להחזיר, דאין יאוש מועיל בקטנים דהוי יאוש שלא מדעת".

וכן מבואר מדברי רעק"א (בגיליון הש"ס כ"א ב) שהקשה לגבי נמושות דמשני בגמ' דלא חשיב יאוש שלא מדעת, דכיון דאיכא עניים הכא הנך מעיקרא איאוש מייאשי ואמרי עניים דהתם מלקטי ליה. וז"ל רעק"א: "גמ' מעיקרא איאוש. קשה לי הא גם לעניים קטנים יש להם חלק, ומקרי יאוש שלא מדעת כדלקמן דף כ"ב ע"ב".

וכ"ה בשולחן ערוך הרב (הלכות מציאה ופקדון סעיף ז) שכתב וז"ל, "וכן אם הבעלים הם יתומים אסורים התמרים אפילו בסתם, שהקטנים אין ייאושם ומחילתם

והנה בנידון דידן האם המטבע משתייך לבן או לאב לכאורה יהיה תלוי במח' הרמב"ן והסמ"ע, שלרמב"ן שייך המטבע לאביו כדין קטן הסמוך על שלחן אביו, וואין חוששים לבן קטן שאין סמוך על שלחן אביו, וכן ליתום שפסק הרמ"א שם שאין מציאתו לאביו, לפי שהולכים אחר הרוב. אבל לסמ"ע שהסברא שהוא שייך לאב הוא משום שנותנו אדעתא דאב, במתנה כזו שוודאי נותנו אדעתא דבן לכאורה המטבע של הבן ואף שסמוך על שלחן האב.

ולעניין השבת אבידה, על הצד שהמטבע שייך לקטן יש לדון האם יאוש קטן הוי יאוש וכדלהלן, ועל הצד שהוא של האב לכאורה האב עדיין לא ידע מהנפילה, והוי ככל יאוש שלא מדעת דקיי"ל לא הוי יאוש⁸.

ג. האם יאוש בקטן הוי יאוש

על צד שהקטן זכה במעות ולא האב, יש לדון האם היאוש שמתיאש הקטן הוי יאוש. דהנה הגמרא בפרק אלו מציאות (כ"ב ב) הכריעה הלכתא כאביי ביע"ל קג"ם ויאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ופרכינן הני תמרי דזיקי היכי אכלינן להו, ומשני כיון דאיכא

8 שמעתי סברא בשם הרה"ג ר' יצחק בריזל שליט"א, שחפץ השייך לאדם ואינו יודע שהוא שלו, ונאבד ממנו ואינו יודע בשעת האבידה בכה"ג ישל"מ הוי יאוש, שהדין שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אינו אלא מחמת שהבעלים מעכבים בהימצאות החפץ ברשותם, שכל זמן שאינם יודעים מהאבידה אין השלמתם עם המצב נחשב השלמה, אבל כשאינם יודעים הרי אינם יודעים לעכב, ושייך לדון השלמה ללא ידיעתם. ולפי זה אף אם הוא של האב שייך לדון יאוש מכיוון שלא ידע בו האב, ואף שידע שהולך בנו לקבל לא ידע בשביל לכוון לזכות במטבע.

9 ויעויין בתוספות שביארו דלמ"ד הוי יאוש מהני שפיר יאוש בקטנים כיון דלכי גדלי מייאשי.

כלום. אף על פי שבוודאי יתיאשו וימחלו גם כשיגדלו⁹ עכ"ל.

ומאידך, באולם המשפט (סי' רנ"ט) מעייני החכמה (ב"מ דף כ"ב) ובשו"ת אגרו"מ (או"ח ח"א קפ"ד) ובספר נשמת כל חי (להגר"ח פלאגי סי' ל') כתבו לחדש שהמבואר בגמרא דיתמי לאו בני מחילה היינו דווקא לעניין מחילה, אבל יאוש שפיר מועיל בקטנים (והיינו משום שיאוש הוא מציאות ואינו חלות מסויימת). ותמרי דזיקי שהוצרך לדין מחילה - שזה אינו מועיל בקטנים - שאני, דלא שייך התם יאוש כיון שהתמרי דזיקי הוי יאוש ברשות¹⁰. וע"פ

מה שכתב הרמב"ן במלחמות (דף כ"ו ע"ב) שלא מועיל יאוש ברשות¹¹, וביאר לפי זה הדין באיסורא אתי לידיה באתי ליד מוצא מקודם יאוש, שנעשה שומר של הבעלים ולא מועיל יאוש ברשות¹².

ד. האם תולים שידע האובד מהאבידה מחמת סברת 'אדם עשוי למשמש בכיסו'

בגמרא (ב"מ שם) מבואר שבמעוֹת אין חיסרון של יאוש שלא מדעת, כיון שאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה. וכן נפסק בשו"ע (סי' רס"ב סעי' ז'). ונחלקו פוסקי זמננו מה הדין האידנא, שאין דרך

10 יעוי"ש בתוד"ה מאחר דאיתוב רבא שכתבו דאיירי בתמרי שהרוח משיר למרחוק, ולא משום דהוי יאוש ברשות אלא משום דחזותו מוכחת עליו. וכתבו כן בכדי שיהיה תלוי נידו"ז במחלוקת אביי ורבא, שדווקא לרבא מק' הגמרא הני תמרי דזיקי היכי אכלינן להו, דבשלמא אותן שתחת האילן שייך למימר מעיקרא יאוש מייאשי, אבל תמרי שהרוח משיר למרחוק יסברו הבעלים שיפלו בסמוך לאילן וחזותו מוכחת עליו והוי יאוש שלא מדעת. הרי שדווקא משום האי דחזותו מוכחת עליו פירשו דאיירי על תמרים שהרוח משיר למרחוק, ובלא"ה שפיר מועיל אף שהוא ברשות, והיינו בע"כ מדין מחילה.

11 כן הוא פשוט דברי הרמב"ן, אמנם יעויין בקצוה"ח (רנ"ט א) שחולק וסובר שאף לרמב"ן מועיל יאוש ברשות, ואין כוונת הרמב"ן בידו כיד הבעלים דלא מהני יאוש ברשות, אלא הוא 'דין' בשומר שידו כיד הבעלים, והשומר ג"כ צריך להסכים ליאוש. וצ"ב גדר הדברים.

12 בדעת התוספות האם סוברים שמועיל יאוש ברשות, לכאורה תלוי במחלוקת הקצוה"ח והנתי"מ בגדר יאוש ברשות דלא מועיל. שהנתי"מ נתקשה מדברי התוס' (כו א) שכתבו שאינו מתיאש בעשאו פונדק לג' בנ"א כיון שאין נכרים דרים עמו, הרי שכשמתיאש להדיא מועיל אע"ג שהוא ברשותו. והקצוה"ח (שם) נתקשה מביהכ"נ שהמוצא מעות בהם הרי אלו שלו, וס"ד בש"ס דמשום יאוש הוא, ואע"ג דחצר השותפין הוא כדאמרינן (נדרים מו א) 'והרי ביהכ"נ דחצר שאין בה דין חלוקה דמיא', הרי שמועיל יאוש ברשות, עיי"ש שהביא עוד כמה הוכחות שמועיל יאוש ברשות. ודחה הנתי"מ שסברת יאוש ברשות היא דווקא כשהוא בשליטתו, משא"כ כשיש כמה אנשים הדרים עמו או ביהכ"נ דחצר השותפין הוא וכדו' לא חשיב יאוש ברשות, ולדבריו אף התוספות מצו סברי שאין מועיל יאוש ברשות.

ובזה תלוי ג"כ ביאור דברי התוספות (שם כו א) שכתבו בכותל חדש מחציו ולחוף שלו דאיירי בשתיק שמתיאש, משא"כ מחציו ולפנים שאדם שוכח חפציו בביתו ימים רבים. ומדהוצרכו התוספות לכך ולא ביארו משום דיאוש ברשות לא מהני נראה שמועיל יאוש ברשות וכדעת הקצוה"ח. ולנתי"מ צ"ל דלרווחא דמילתא כתבו כן, כמו"כ באו לומר שאף אם יהיו כמה בנ"א בבית דלא חשיב ברשות לדעת הנתי"מ מ"מ אדם שוכח חפציו בביתו ימים רבים ולא נתיאש.

ה. דעת הרמב"ם שבאין בו סימן זכה בו
אף קודם יאוש

כתב הרמב"ם (פרק ט"ו מה' גזילה ה"א)
גבי ספק הינוח, שבדבר שאין בו סימן
אם נטלו זכה בו ואינו חייב להחזירו. והשיגו
הראב"ד שיהא מונח עד שיבוא אליהו.
וכמוהו גם כן נתקשו שאר הראשונים
והפוסקים בדברי הרמב"ם, מהיכי תיתי
לחדש שזכה בו, והרי באיסורא אתי לידיה
קודם יאוש¹³.

ומציאו על זה כו"כ תירוצים באחרונים:
הכס"מ [וכ"כ גם בב"י] כתב
לחדש, שאין דין באיסורא אתי לידיה לדעת
הרמב"ם לאחר נטילה באין בו סימן, כי בכל
אופן לא יבוא ליד בעלים, אלא שמקודם
נטילה אסור לו ליטול משם. ואילו בסמ"ע
(סי' ר"ס ס"ק מ"ב) כתב לבאר, שמכיוון
שנטלה ע"ד להשיבה לבעליה, אלא שלא
ידע בשעת ההרמה שאין בו סימן ולא יהיה
בידו להשיבה לבעליה, משו"ה לא קרינן ביה
'באיסורא אתי לידיה' והרי אלו שלו¹⁴.

למשמש תדיר בכיס, האם דינו ככל יאוש
שלא מדעת או לא נשתנה הדין. דעת הגרי"ש
אלישיב זצ"ל הוא שיש לחלק בין סכום קטן
לסכום גדול, בסכום קטן אין הדרך למשמש
ובסכום גדול עדיין הדרך למשמש. אמנם
משמיה דהחזו"א מטו שלא נשתנה הדין
מזמן חז"ל. וצ"ב דלא שייך כיום האי טעמא
שהיה אז בזמן חז"ל, ובפרט בדיני ממונות
דבסברא, במציאות ודרך העולם תליא
מילתא, ומה שייך לומר בזה דלא נשתנה
הדין. ובאמת מבררא בבי מדרשא משם
הגר"ח קנייבסקי זצ"ל לבאר דעת החזו"א,
שהוא מטעם דהפקר ב"ד הפקר, ויש עניין
לחז"ל לעשות הפקר ב"ד שלא נשתנה הדין.
ודבריו מחודשים.

ובנידון דנן שהילד איבד את המטבע,
לכאורה ודאי ששייך האי סברא
שאדם עשוי למשמש בכיסו שדבר חשוב
הוא לו, והוי כסכום גדול של מעות למבוגר.
ובפרט שנמצא סמוך לזמן הקבלה שדעתו
עליו ומתעסק בו.

13 וז"ל המגיד משנה: "וכתב עוד 'ואם יהיה דבר שאין בו סימן זכה בו'. זו באמת קשה בוודאי, והאיך
יזכה בו ויהיה שלו - והלא קודם יאוש בא לידו, ואין צריך לומר בוודאי הינוח דלאו כל כמיניה לנטלו
ויזכה בו, אלא אפילו ספק הינוח ודאי לא זכה בו, דהא ספיקא הוא אם הוא דרך נפילה וזכה בו כדין
המוצא דבר שאין בו סימן, או הוא דרך הנחה והרי בא לידו קודם יאוש, וספיקא בכי האי גוונא לחומרא
וכמו שכתבתי (פ"ד ה"ה) ביאוש שלא מדעת. וכבר השיגו הר"א ז"ל, וכתב יעמוד עד זמן אשר יבוא אליהו.
והאמת כדבריו וכן כתב הרמב"ן (שם) וז"ל, 'ואיהו לא קני בהאי יאוש דבאיסורא אתא לידיה'. וכן דעת
הרשב"א (שם) וה"ר יונתן ז"ל" עכ"ל הרה"מ. ואפשר לומר לדעת הרמב"ם ז"ל, דהא דאמרין בריש פרק
אלו מציאות (כא ב) דפלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת הויה בדבר שאין בו סימן, ואיפסקא הלכתא
כאביי (כב ב) דאמר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום דהא לא ידע דנפל מיניה, היינו לומר דאסור לו
ליטלם, אבל אם עבר ונטלם זכה בהם. משום דכיון שהם בידו ואינו יודע למי יחזירם - שהרי אין בהם
סימן, ולמקום שמצאם אין לו להחזירם כמו שנתבאר - ממילא זכה בהם, דאין לנו לומר שיעמדו עד
שיבוא אליהו אלא היכא דאיתמר הכי בהדיא.

שכבר נתיאשו הבעלים מקודם, אלא שאינו יאוש מקודם שהגביה - דאכתי חשוב כמונח ברשותו של הבעלים, ולא מועיל יאוש ברשות, ולכך לכתחילה לא יטול. אבל לאחר שנטל לא יחזיר כיון שמיד עם נטילתו חל היאוש.

ובנידון דידן, לדעת הכס"מ לא שייך לומר באיסורא אתי לידיה, וכמו"כ לדעת הש"ך ולדעת הב"ח, אף שהוא סברא מיוחדת באבידה שאין יודעים אם יש לה בעלים, אבידה דידן היא ג"כ כאבידה שאין

הב"ח כתב שמכיוון שאין לממון זה בעלים ודאיים אינו בדין שיהא מונח עד שיבא אליהו, דלא אמרו כך אלא היכא שיש לו בעלים ולא נודע מי הוא¹⁵. הש"ך כתב לבאר (ס"ק כ"ו), שבאיסורא אתי לידיה ויאוש שלא מדעת דאמרינן לא הוי יאוש הכוונה היא שאם נתברר של מי הוא חייב להחזירו, אבל כל זמן שלא נתברר יוכל לעשות בו מה שירצה. וסיים, 'ואפשר כוונת הב"י והכס"מ כן, אלא שלשונם מגומגם'¹⁶. ובנתיב"מ (ביאורים סימן ר"ס ס"ק י"ג) כתב לבאר שהרמב"ם מיירי על גוזלות מדין

14 ולכאורה צ"ב בדבריו, וכבר עמד עליהם הש"ך. וברעק"א כתב לבאר דברי הסמ"ע ע"פ המבואר בגמרא שבנטלה ע"ד להשיבה ולאחר יאוש נתכוון לגזילה עובר משום השב תשיבם, והוי ספק עשה ומספק אינו מחוייב, משא"כ בנטלה ע"מ לקחתה לעצמו שעובר ג"כ משום לא תגזול ועל ספק ל"ת מחוייב. ולכאורה צ"ב בדבריו מדוע לא יתחייב בספק עשה, ואם נחשב כספק ממון, מה עדיף ה"ל דלא תגזול, הא בכל דיני הממונות יש לאו דלא תגזול ובכל זאת אינם חשובים ספק איסור, וצ"ע.

15 ובש"ך נתקשה בדבריו, שאם מכיוון שאפשר שהוא של הפקר אינו מתחייב, א"כ אף בכל דבר שאב"ס ביאוש שלא מדעת אפשר שנתיאשו בעליו ואין לו בעלים, ואמאי אסור בכל זאת ליטלו. ויש שתירצו שאה"נ אף בכל יאוש שלא מדעת דהוי ספק אם נטלו זכה בו, וקו' הגמרא מפירות מפורזים 'הא לא ידע דנפל מיניה' היינו איך מותר ליטלו לכתחילה, שהלשון 'הרי אלו שלו' משמע דשרי ליטלו לכתחילה, והלא מספק הדין הוא שלא יגע בו.

16 צ"ב החילוק שבין הש"ך לכס"מ, שמדברי הש"ך נראה שמלשון הכס"מ אין נראה כדבריו, ואפשר שהחילוק שביניהם הוא האם באין בו סימן רשאי לכלותו על סמך שלא יבואו בעלים, או דלמא צריך לחשוש שיבואו בעלים ורשאי להשתמש בו בינתיים בלא כילוי. דהנה הש"ך הזכיר הדין שאם יבואו הבעלים צריך להחזירו לבעלים, ועפ"י זה ביאר מה שכתב בשו"ע (סי' רס"ב סעי' ג') שבדבר שאין בו סימן אם הביאו בעלים עדים צריך להחזירם, כיון שבאיסורא אתי לידיה, על אף שהרמב"ם והמחבר סוברים שזכה בו היינו כל זמן שלא באו עדים, אבל אם באו עדים מחזירים ע"פ העדים. ולא נתקשה (בס"ק כ"ה) אלא ממה שכתב המחבר בסי' רס"ב סעי' ד' לעניין ראה סלע שנפל מב' שביש בו סימן מכריו ביניהם ובאין בו סימן יהא מונח עד שיבוא אליהו, ועיי"ש מש"כ הש"ך ליישב דשאני סלע שנפל מב' שהאחד חושד בחברו ואינו מתייאש.

ועפ"י זה אפשר לומר, שהש"ך שהזכיר הדין שכשבה האובד והביא עדים חייב להחזירו, כוונתו ג"כ דבלא"ה אסור לכלותו על סמך שאפשר יבואו עדים, [והגם שלשון הרמב"ם הוא שזכה בו ומשמע שזכה בו לגמרי, מ"מ כבר מצינו בנתיב"מ (ס"ק י"ג) שנתקשה בדבריו שמשמע שזכה לגמרי אפילו לאחר שיבואו עדים]. משא"כ הכס"מ לא התייחס לשאלה מה הדין בבאו עדים, ונראה שסבר דא"צ לחשוש לזה ומותר אף בכליו, וכוונת המחבר (רס"ב ג') שאם היה מקרה שבאו עדים מקודם שכלהו צריך להחזיר ע"פ העדים.

יודעים אם יש לה בעלים, והיינו משום שיש סברא של עשוי למשמש, אלא שהוא ספק אם מועיל יאוש בקטנים¹⁷.

משא"כ לדעת הנתיח"מ שמוקים דברי הרמב"ם דאירי דווקא במדין שבכה"ג נתיאשו הבעלים מקודם שנטלה זה, ולכך מהני היאוש לאחמ"כ, משא"כ בנידון דידן הוי באיסורא אתי לידיה ולא מועיל היאוש שלאחמ"כ. ולדעת הסמ"ע יל"ע, כשנטלה ע"ד לשאול האם חשוב כנטלה על דעת להשיבה שאין בו דין באיסורא אתי לידיה.

שאינו חייב אז להגביהה ולהשיבה, אלא אפילו לאחר הגבהה אינו חייב להשיבה אם אין בה סימן. בין לדעת התוספות שבאיסורא אתי לידיה היינו שנתחייב בהשבה ובאין בו סימן לא נתחייב בהשבה, וכ"ש לדעת הרמב"ן שעניינו שנעשה שומר עבור הבעלים, שבאין בו סימן הואיל ואין עתיד להתברר מי הם הבעלים לא נעשה שומר עבורם. והרעק"א ביאר לפי זה הדין 'זכה בו' שכתב הרמב"ם דהיינו לאחר יאוש, והחידוש הוא שאין בו חיסרון של באיסורא אתי לידיה, ולדבריו בנידון דידן ג"כ זכה בו לאחר יאוש.

ו. דעת רעק"א שבדבר שאין בו סימן אין עליו חיוב השבה

אלא שעל לאחר ההגבהה חוזר בו הרעק"א להלכה בדעת התוספות והרמב"ן, וסובר שנתחייב בהשבה ונעשה שומר אף באין בו סימן. ודווקא מקודם הגבהה לא נתחייב בהשבה, ואין הדין שזכה בה ולא נעשה שומר אלא לדעת הרמב"ם¹⁸.

הרעק"א כתב לבאר בדעת הרמב"ם, ע"פ מה שייסד (בדורש וחידוש כ"א ע"ב על תוד"ה ש"מ) שבדבר שאין בו סימן אין עליו חיוב השבה לבעלים. ולא רק מקודם שנטלה

17 וביותר יש להדגיש משום שכל יאוש שלא מדעת חשיב ספק, שאין יודעים אם הבעלים התיאשו, [עי' רעק"א], ולפי דברי הב"ח והגר"א צ"ל דאיה"נ יועיל תפיסה מספק לדעת הרמב"ם, ודווקא לכתחילה לא יטול.

18 במקום אחר ביאר שיהיה נפק"מ בין התוספות לרמב"ן שאינו נעשה שומר לאחר הגבהה, וחיוב השבה שפיר מתחייב לאחר הגבהה, הגם שקודם הגבהה לא התחייב בהשבה.

[וכתב ליישב לפי דבריו, דהנה התוס' בב"ק (ס"ו א) נתקשו מדיליף שקונה יאוש בגזילה מיאוש באבידה, ולכאורה הרי ביאוש באבידה ג"כ לא קונה באופן שבאיסורא אתי לידיה, ובגזילה הלא הוא באיסורא אתי לידיה. וכתב ליישב לרמב"ן שטעם באיסורא אתי לידיה הוא משום שנעשה שומר לבעלים ולא משום שנתחייב בהשבה, שטעם זה לא שייך אלא באבידה ולא בגזילה, ולכך קונה יאוש בגזילה. והתוספות מודו לסברת הרמב"ן שנעשה שומר לבעלים, אלא שהוכיחו מדהביאה הגמרא הך טעמא דבאיסורא אתי לידיה בדבר שאין בו סימן - והרי באין בו סימן לא נעשה שומר עבור הבעלים, ולכך הוצרכו לטעמא דנתחייב בהשבה. הרי שבאין בו סימן אף שלא נעשה שומר לאחר הגבהה מ"מ נתחייב בהשבה].

והנה לכאורה בתוספות (דף כ"ה ע"ב בד"ה ואם נטל לא יחזיר) מבואר שלא כדברי הרעק"א, שכתבו לפרש "דמיירי הכא בספק אבידה שאפילו הניחה בעלים שם מדעת דומה ששכחנה, דכלא משתמר כי אם קצת

ז. קים לי בהשבת אבידה

המחבר (ר"ס סעי' ט') והרמ"א (שם סעי' י') נחלקו בספק הינוח, שהמחבר פסק כרמב"ם שבספק הינוח בדבר שאין בו סימן ונטלו זכה בו, והרמ"א פסק כתוס' ושאר ראשונים שאם נטל לא יחזיר ויהא מונח עד שיבוא אליהו, וכתב הרמ"א ע"ז 'וכן נראה לי עיקר'.

ולכאורה לדעת הרמ"א אין מקור שבאין בו סימן ונטלו מקודם יאוש יהיה שלו, הגם שאין סתירה לדין זה, משום שהרמ"א איירי בספק הינוח ספק נפילה, והיינו שעל צד הינוח אסור ליטלו לעצמו. וייתכן שנעשה אפי' שומר על צד הינוח – אם תולים בשכחה [כן נראה מדברי הרמ"א שפסק כתוס' שתולים בשכחה, ולעומת זאת

דעת הר"ן הובא שם בש"ך (ס"ק ל"ב) שאין תולים בשכחה, ורשאי להחזיר למקום שנטלו משם אם עמד שם ולא באו בעלים בתוך כ"ך]. ועכ"פ בין אם נעשה שומר ובין אם אינו נעשה שומר, מחמת הצד הינוח לא יחזיר, אבל בסתם דבר שאין בו סימן בדרך נפילה אפשר שרשאי ליטול לעצמו לדעת רמ"א, למהלך הכסף משנה והש"ך הנ"ל, וכן דעת רעק"א וכנ"ל.

ויש לדון האם שייך לומר קים לי בהשבת אבידה¹⁹. והנה כשהספק הוא במצווה גרידא אם הוא מחויב בהשבה לכאורה לא שייך לומר קים לי²⁰, אם לא שנחדש שמצווה ממונית דינה שונה ושייך לומר עליה קים לי, וע"פ דברי התשב"ץ (ח"ב רע"ב) שמצוות השבת

מיירי, וכיון שאם היה יודע שהיא אבידה היה מחוייב בהשבתה בלא שום הגבחה אם הוא יודע של מי הוא, דכיון שהוא משתמר קצת לא יתיאשו הבעלים, היכא דהגביה הוי מחוייב בשמירתה מספק" עכ"ל. ולכאורה הרי מיירי בגמ' בדבר שאב"ס [שביש בו סימן ומשתמר קצת נטל ומכריו בין לתוספות ובין לר"ן שם], והיינו משום שבמדדן איכא למימר מעלמא אתו, ואפ"ה אם נטל לא יחזיר, הרי לנו שאף באין בו סי' מחוייב בהשבה בלא שום הגבחה.

ויש לדחות שהתוספות שכתבו שמחוייב בהשבתה בלא שום הגבחה כתבו אם היה יודע של מי היא, ומינה דבלא"ה לא מתחייב בהשבה, ולהיפך - הוא ראה לרעק"א. דחיה נוספת יש לדחות, שהתוס' ביארו דכיון שהוא משתמר קצת לא יתיאשו הבעלים, ואפשר שסברת רעק"א אינה אלא באין בו סימן, שאין עתיד לבוא לבעלים ויתיאשו ממנו, ולכך אין מחוייב מספק. אבל בכה"ג של משתמר קצת שלא יתיאשו הבעלים מחוייב בהשבה מספק.

19 מטו משמיה דר' ניסים קרליץ זצ"ל ששייך לומר קים לי כמחבר, ואפילו אשכנזי וכן ספרדי יכול לומר קים לי כהרמ"א. וכ"ה במנחת יצחק ק"ע אות כ"ה, דלא כמש"כ הפתחי תשובה סי' קצ"ד בשם כנסת יחזקאל דלא שייך לומר קים לי נגד הכרעת רמ"א, ועי' משכן שלום נזקי שכנים מלואים ג' שהאריך בזה.

(ועי' עוד ת' חת"ס ח"ב ת' רמ"א)

20 דהוי ככל ספק מצווה. והגם שבכל דיני ממונות קיים איסור לא תגזול ובכל זאת שייך לומר קים לי, כבר האריכו האחרונים בכמה אופנים לבאר מדוע אין היחס של דיני ממונות ללא תגזול כאיסור (עי' קונה"ס א) ואכמ"ל. אבל בנידוד"ד במצוות עשה של השב תשיבם ואיסור לא תוכל להתעלם הוי ספק מצווה.

אבידה חשובה כספק ממוני ודנים בה דין הממון לכל עניין²¹.

אמנם כשהספק הוא גם ספק ממון, אם הממון שלו [בנידון דידן] יש לדון האם שייך לומר קים לי.

ולכאורה יהיה תלוי במחלוקת הרמב"ם והרא"ש שנחלקו בדין ספיקות בהשבת אבידה (כגון ספק דר' ירמיה חצי קב בב' אמות, ספק הינוח ספק נפילה) שדעת הרא"ש שמספק חייב להכריז, ודעת הרמב"ם שמספק לא יגע בהן, ואם נטל הם שלו.

וגדולי האחרונים (רעק"א, פנ"י, ביאור הגר"א ר"ס כה ועוד) ביארו שנחלקו לשיטתם האם תקפו כהן מוציאים מידו או לא, שדעת הרמב"ם שתקפו כהן אין מוציאים מידו ומועיל תפיסה בספקות, ודעת הרא"ש שתקפו כהן מוציאים מידו ולפי"ד אין שייכות למחלוקת זו²².

אמנם בביאור הגר"א (קנ"ה ח', וכ"ה בגר"א סי' ר"ס ס"ק כ"ד) מבואר שנחלקו בכל מצווה שיש בה ממון, אם היחס כלפיה היא כספיקא דממונא או כספיקא דאיסורא²³.

ואפשר לומר צד נוסף, שנחלקו האם ספק בהשבת אבידה חשוב ספק מצווה ודינו כספק איסור דלחומרא, או ספק ממוני דהממע"ה. והיינו לא מחמת מצווה של ממון [וכדברי הר"ן בנדרים] אלא שבאמת ישנם ב' החלקים בהשבת אבידה; יש נידון לגבי המצוות השבה, ויש נידון האם הממון שלו. ונידון זה אינו שייך למצווה הגם שהמצווה משליכה עליו, שאם הוא פטור מהשבה ממילא יש ייאוש בעלים. ונחלקו איך דנים שורש הנידון, האם דנים אם הוא חייב בהשבה, ואם אינו חייב בהשבה ממילא נעשה שלו, או שאפשר להתחיל הנידון האם הוא שלו²⁴.

ולפי זה יהיה תלוי שאלה זו, אם שייך לומר קים לי כהרמב"ם הנ"ל שבדבר שאין

21 וז"ל: "ובפ' אלו מציאות (כ"א ע"א) איבעיא להו חצי קב בשתי אמות קביים בשמונה אמות. והרי"ף ז"ל השמיטה לפי שאינו דבר מצוי, והרמב"ם ז"ל פסק לא יגע ואם נטל אינו חייב להחזיר. והתם (ל' ע"ב) איבעיא לן דרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר ולא אפשר. וכ' הרי"ף ז"ל הילכך לא יחזיר. ואף על גב דהשבת אבידה מצוה היא והוה לן למיפסק לחומרא, כיון דשייך בממונא מספיקא לא מחייבי", עכ"ל.

22 לפי"ז הרמב"ם הנ"ל שכתב שזכה בה בדבר שאין בו סימן היינו דווקא בספק הינוח, וכדעת הב"ח. אלא שצ"ב, שכתובות הרשב"א מבואר שבאופן שיש חזקת מר"ק לכו"ע מוציאים מידו, וביארו האחרונים (שיעורי ר' שמואל סי' טו) דלא חשיב חזקת מר"ק לצד שחזקת מר"ק אינו חזקה דמעיקרא אלא 'מוחזקות', שאבידה שאבודה ממנו פקעה מוחזקותו.

23 וכמחלוקת הרשב"א והרמב"ן (ר"ן נדרים דף ז') גבי יד לצדקה, אם חשיב ספיקא דממונא או ספיקא דאיסורא.

24 חילוק נוסף בין ספק אבידה לדברי הר"ן בנדרים גבי יד לצדקה שמעתי מפי הר"כ הגאון הרב יעקב בריזל שליט"א, ששונה ספק השבת אבידה שבכדי לחייב בהשבה מוכרחים להתחיל בפסק של מי היו המעות ורק כך אפשר לחייב בהשבה לבעל האבידה, ולכך מוגדר כספק ממוני שהספק הראשוני שיש לדון בו הוא למי שייכים מעות אלו, ואף שמצווה בממון כצדקה מוגדר כספק מצווה ולא כספק ממון.

והדרך לקנותם כעט וכדו' א"צ להחזיר אף בלא פרשה של יאוש, שכל דין השבת אבידה הוא רק בחפץ שהבעלים מחזירים אחריו, וכחפצים בימים ההם שמבואר במשנה (דף כ"ח) שנתנו זמן בהכרזה כדי שילך ג' ימים ויחזור ג' ימים ויכריז יום אחד. אבל סתם חפצים בזמנינו שאין אדם מקפיד עליהם אינם בכלל הפרשה של השבת אבידה, וא"צ לפרשה של יאוש²⁶.

ולדבריו אף מעות בסכום קטן בזמן הזה א"צ לדין עשוי למשמש בכיסו בכל שעה בשביל להתיר, כיון שאינו חשוב לבעליו ואין בזה פרשת השבת אבידה. והרב הנזכר רצה לבאר כן אף בדעת החזו"א שמעות בזמן הזה ג"כ הרי אלו שלו, שכוונתו בצירוף סברא זו, וממה נפשך הוא שלו, שאם אינו חשוב אין חיוב השבת אבידה, ואם הוא חשוב שייך הסברא של אדם ממשמש בכיסו בכל שעה.

ולפי זה אף בנידון דידן שנפלו מקטן הרי אלו שלו אף בלא פרשה של יאוש. וא"כ נאמר שיש לו חשיבות מיוחדת. וא"כ חזרנו לסברא של אדם עשוי למשמש בכיסו

בו סימן זכה בו או כרעק"א שבאין בו סימן לא נתחייב בהשבה, במחלוקת הרמב"ם והרא"ש האם נחשב כספק מצווה או כספק ממון.

ויש לחלק, שבנידון דידן האי ספק האם קיימא לן כרעק"א הוא נידון כללי, האם חייבה התורה בהשבת אבידה דבר שאין בו סימן, ולא נידון על מקרה פרטי שדנים אם הבעלים התייאשו וכדו'. ואפשר דבכה"ג חשיב כספיקא דמצווה שיש ספק במצוות התורה, ולא שייך לדון בו הממעה אף שנוגע לממונות²⁵.

ולאידך גיסא ג"כ יש לחלק, שהספק האם קיימא לן כהש"ך והכס"מ בדעת הרמב"ם לכאורה הוא ודאי ספק ממוני, שאין ספק אם נתחייב בהשבה, אלא ספק אם רשאי להשתמש בדבר שאין בו סימן מקודם ייאוש.

ה. בעניין אבידות בזמן הזה

שמעתי מהגרש"ז מרק שליט"א לחדש, שסתם אבידות קטנות בזמננו שאין בהם חשיבות מיוחדת ומצויים תדיר לקנותן

25 ואף שהר"ן בנדרים דף ז' גבי יד לצדקה מביא מח' אם חשיב ספק ממון או ספק איסור, יש לחלק שביד לצדקה הספק אינו ספק כללי אם יש צדקה ע"י יד, אלא ספק פרטי אם חל הצדקה בכהאי גוונא והאם חשיב שפירש הצדקה, ולא הוי ספק כהאי שאלה האם חייבה התורה בהשבה דבר שאין בו סימן. 26 ומבואר היטב לפי יסוד הגרונ"ט הנ"ל, שבעצם חפץ שאינו ברשות בעלים נפקע הבעלות מהחפץ, וצריך לפרשה של השבת אבידה בכדי לשייך החפץ אל הבעלים, והיאוש אינו חלות מסויימת אלא היאוש פוטר מהשבת אבידה - וממילא נפקע החפץ מהבעלים. ועפ"י זה כל החיוב השבה שנתנה תורה הוא דווקא בחפץ החשוב לבעלים, אבל על סתם חפצים בזמננו אין חיוב השבת אבידה וממילא הדין שהרי אלו של מוצאו אף בלא פרשה של יאוש.

ובעל אבידה עני שכופים לעשות לפמ"ש²⁷, למוצא עני ובעל אבידה עשיר שאין כפיה לעשות לפמ"ש²⁸.

והנה דעת הרא"ש (הובא בדרכי משה) שאין כפיה בזה אלא דין בעלמא, דטוב וישר לעשות לפמ"ש²⁹, וכן דעת הטור, וכן נראה מדברי המחבר שלא הזכיר עניין כפיה.

אמנם הש"ך (ס"ק ג') על דברי המחבר הביא את דברי המרדכי שכופים לעשות לפמ"ש³⁰, וצ"ע היכן ראה בדעת המחבר דין כפיה.

ונראה שהש"ך הוציא כן מדהגיה הרמ"א על המחבר על מוצא עני ובעל אבידה עשיר בלא להזכיר עניין הכפיה, הרי שאינו חולק על המחבר, ואף שהמחבר לא כתב אלא שטוב וישר לעשות לפמ"ש³¹, אפשר שלא איירי אלא בשווים המוצא ובעל אבידה, דהיינו או בשניהם עשירים או בשניהם עניים. ומה שכתב הש"ך כופים להחזיר היינו כשבעל אבידה עשיר והמאבד עני, ומה שכתב הרמ"א היינו שאם המוצא עני ובעל אבידה עשיר א"צ כלל להחזיר, ואף מצד טוב וישר³².

ויהא מותר לקחת המטבע, אא"כ לא מועיל יאוש בקטן. (ועיי' לעיל אות ג' מש"כ בזה)

ט. האם מתחייב להניח עד שיבוא אליהו מטעם לפנים משורת הדין

יש לדון, באופן שפטור מהשבה האם מתחייב לפמ"ש³³ להניחו עד שיבוא אליהו. ויש להקדים מקור הדין בגמרא (דף כ"ד ב), רב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמר שמואל בשוקא דבי דיסא, א"ל מצא כאן ארנקי מהו א"ל הרי אלו שלו, בא ישראל ונתן בה סימן מהו א"ל חייב להחזיר, תרתי, א"ל לפנים משורת הדין, כי הא דאבוה דשמואל אשכח הנך חמרי במדברא ואהדרינהו למרייהו לבתר תריסר ירחי שתא לפנים משורת הדין. וכן נפסק בשו"ע (רנ"ט סעי' ה') שטוב וישר לעשות לפנים משורת הדין להחזיר לישראל שנתן בה סימן. וברמ"א שם איתא שאם הוא עני ובעל אבידה עשיר אין צריך לעשות לפמ"ש³⁴.

מקור דברי הרמ"א כפי שהובא בדרכי משה הוא מהמרדכי, שסובר שכופים לעשות לפנים משורת הדין, ונתקשה ממעשה דדיו שלא נזכר שם החיוב לפמ"ש³⁵. ומש"ה כתב המרדכי לחלק בין מוצא עשיר

27 בדרכי משה הוציא מהמרדכי שאף בזוטו של ים כמעשה דההוא דיו יש החיוב לפמ"ש³⁶.
28 וכן מפורש בדברי הש"ך שכופים להחזיר היכא דהמוצא עשיר. והא דאין חיוב להחזיר לדעת רמ"א במוצא עני ובעל אבידה עשיר זהו חידוש מעבר למבואר במרדכי, שבמרדכי לא נתבאר אלא שאין כפיה במוצא עני ובעל אבידה עשיר, ולכך לא מבואר בגמ' דדיו דין לפנים משה"ד, אבל עדיין אפשר שמצד טוב וישר יש עניין להחזיר. אבל מדברי הרמ"א דאיירי על המחבר שלא כתב הדין כפיה [וכפי העולה מדברי הש"ך שלא נחלקו המחבר והרמ"א], הרי שלדעתו אין עניין להחזיר במוצא עני ובעל אבידה עשיר.

אמנם מטעם אחר יש לומר שלא שייך חיוב של לפמ"ש²⁸, שאין חיוב לפמ"ש²⁹ אלא בדבר שיש בו סימן, אבל בדבר שאין בו סימן אין חיוב של לפמ"ש³⁰ שיהא מונח עד שיבוא אליהו.

ולא מיבעיא בנידון דידן שכל השקלים שווים ולא יתברר אף ע"י עדים שהוא של האובד, אלא אף אם יכול להתברר ע"י עדים דעת השו"ע הרב (סי' רנ"ט סעי' י"ח) שדין לפנים משורת הדין אינו מחייב בהכרזה, אלא רק אם בא המאבד ונותן בו סימן חייב המוצא להשיבו²⁹.

והגם שיש שסוברים שמתחייב בהכרזה לפמ"ש³⁰, [כן נקט השושנת יעקב בדעת קיצור פסקי הרא"ש שכתב וחייב להכריז לפמ"ש³⁰] היינו דווקא בדבר שיש בו סימן, אבל בדבר שאין בו סימן לא מצינו חיוב לפמ"ש³¹ להניח אצלו החפץ - אף באופן שיכול להתברר ע"י עדים, ובפרט במטבע כזה שא"י להתברר ע"י עדים וכנ"ל³¹.

והנה סתם קטן המוצא אבידה לכאורה הוא עני שלא שייך בו כפיה, אלא שמכיוון שנאבד מקטן שהוא ג"כ כעני, לפי האמור אף שאין כפיה יש עניין לעשות לפמ"ש³².

ומה שהנחתי שהכפיה היא דווקא במוצא עשיר ובעל אבידה עני אבל בששניהם שווים אין כפיה, בשו"ת צמח צדק הקדמון (סי' פ"ט) ובתרומת הכרי (רנ"ט ז') כתבו להדיא שבשניהם עשירים יש כפיה. ועדיין אפשר שדווקא בשניהם עשירים הוא שיש כפיה, אבל בשניהם עניים ליכא כפיה והעני שמצא את האבידה אין לו חיוב להחזיר לפמ"ש³³ ורשאי ליטלו לעצמו ומילתא בטעמא הוא שלא חייבה התורה העני להשיב מה ששייך לו מן הדין, אמנם בצמח צדק מבוא שאף מעני לעני כופים אלפמ"ש³⁴.

ואף אם שייך כפיה מעני לעני, יש לומר שבקטן אין שייך כפיה משום שהוא קטן, ועדיין יישאר עניין של לעשות הטוב והישר ללא דין כפיה.

29 וראייתו עמו (בהערות שם) ממעשה דההוא גברא דאשכח כופרא בי מעצרתא והתיר לו רב לקחתו לעצמו, שוודאי נתייאשו בעליו דחזי דקדחו ביה חילפי. ולא מוזכר שם החיוב לפמ"ש³⁰. והיינו משום שאין חיוב להכריז, אלא אם בא ונותן סימן חייב להחזירו. ובמעשה דשוקא דבי דיסא מיירי בבא ישראל ונתן בה סימן, ודווקא בכח"ג חייב להחזיר לפמ"ש³¹. וכן משמע בגמרא, שאמרו שם שהדין הוא הרי אלו שלו, ושאל לו 'בא ישראל ונתן בה סימן מהו' א"ל חייב להחזיר, הרי שדווקא אם בא ונתן בה סימן חייב להחזירו לו, אבל חיוב הכרזה אין.

30 בטור לא הזכיר חיוב הכרזה ולולא דבריו היה נראה לתקן הגי'.

31 ואף שבגמרא מבואר שאם בא ישראל ונתן בה סימן יחזיר לו אבל לולא זה היה הדין הרי אלו שלו, אפשר שגרסו בגמרא בא ישראל ונתן בה סימן מהו, א"ל חייב להכריז. [ולא להחזיר], ועפ"י זה יש ליישב מה שקשה לכאורה מה הקשה לו 'תרת' ומשני לפמ"ש³², והרי הוא עצמו שאל אותו 'בא ישראל ונתן בה סימן מהו', אטו שאל אותו בשביל שישתור דבריו הראשונים. (יש שתי' שהוקשה לו החיוב, שאם הוא לפמ"ש³³

י. האם מקום שרבים מצויים שם דינו כזוטו של ים

שרבים מצויים שם אינו שייך לפרשה של זוש"י.

בנידון דידן היה האבידה במקום שרבים מצויים שם ומבואר בברייתא (דף כ"ד) שהרי אלו שלו, ונחלקו רשב"א ורבנן האם דווקא ברוב גויים או אף ברוב ישראל. ועל פניו מקום שרבים מצויים שם הוא גורם לייאוש אף ביש בו סימן, אך צריך לזה את גדרי יאוש דהיינו דווקא בידע, ואין דינו כזוש"י שמועיל אף בעומד וצוות ואף בלא ידיעה.

אבל אפשר שמועיל מדין זוש"י, שמקום שרבים מצויים שם הוא אבוד ממנו בצורה מוחלטת, [ועיי' מה שכתבתי בס"ד בקונטרס זה בנידון].

וברא"ש (סי' ו') כתב שהאי טעמא "מפני שהבעלים מתייאשים מהם" הכתוב בברייתא לא קאי על כל הברייתא, אלא על סרטיא ופלטיא ועל מקום שרבים מצויים שם, ולא על זוטו של ים ושלוליתו של נהר - דההיא לאו מטעם יאוש הוא אלא רחמנא שרייה. מבואר בדבריו שמקום

אלא שהקשו האחרונים (דרישה ופלפולא חריפתא) סתירה, שבעמוד ב' במוצא בשוקא דגלדאי מבואר בגמרא שהרי אלו שלו, ואפילו בעומד וצוות נעשה כצוות על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים. הרי לנו שמקום שרבים מצויים שם הוי כזוטו של ים, שלא מועיל עומד וצוות [עיי"ש ברבנו חננאל, ועי' האם אפשר לדייק מדבריו שמשווה אותם לגמרי, שדין מקום שרבים מצויים שם הוא כזוש"י].

וכתב הפלפולא חריפתא ליישב כוונת הגמרא בע"ב, שבמקום שרבים מצויים שם אף אם צוות אינו גילוי דעת שלא נתייאש, אלא ודאי בליבו נתייאש, והצוותה הוא רק כצוות על ביתו שנפל וספינתו שטבעה בים, שאין הצוותה מוכיחה שלא נתייאש אלא להיפך צוות מיאוש³². ולפי דבריו מקום שרבים מצויים שם אינו מדין זוש"י, אלא שאין מועיל צוותה. וכתב שמדברי הרא"ש מבואר להדיא שלא כדבריו,

מה שייך לחייב, ותריך שאלפנים משורת הדין קאי ובהא שייך לחייב, ולפמשנ"ת א"ש, כי כשהשיב לו 'חייב להכריז' היה לפלא בעיניו, שהרי איהו אמר לו הרי אלו שלו, ותריך שאין הכי נמי מעיקר הדין הרי אלו שלו, אלא שחייב להכריז לפמש"ה.

ולפי"ז יש ליישב קו' רעק"א שנתקשה על התרתי מה הסתירה, והרי אפשר ש'הרי אלו שלו' הוא מדין תליה - שנפל מרוב עכו"ם, וה'חייב להחזיר' הוא בבא ישראל ונתן בה סימן, שמוריד את התליה וממילא חייב להחזיר ולא אומרים סברת יאוש. ואם נגרוס חייב להכריז א"ש קו' הגמרא תרתי, שחייב הכרזה ודאי סותר להרי אלו שלו.

32 ודייק כן ממה שלא הזכיר הרמב"ם פ"ו ופי"א מה' גזילה ואבידה הדין של עומד וצוות. וכוונת הגמרא 'והלא עומד וצוות' היינו שהצוותה תוכיח שלא נתייאש, ומשני דמה שצוות הוא מיאוש ולא להיפך.

שהרא"ש כתב לחלק בין זוש"י למקום שרבים מצויים שם לעניין צווחה³³.

ואילו בדרישה כתב ליישב שמקום שרבים מצויים שם בשעת מעשה מועיל צווחה, וזוהי כוונת הרא"ש לחלק בין זוש"י למקום שרבים מצויים שם לעניין עומד וצווח; שבסרטיא ופלטיא ומקום שרבים מצויים שם צריך לטעמא דמתייאשים הבעלים, לאפוקי אם לא נודע לבעלים האבידה בשעת מעשה, משא"כ בזוש"י אפילו אם עמדו וצווחו נעשה כצווח על ביתו שנפל. אלא שבע"ב בשוקא דגלדאי לא איירי בצווח בשעת מעשה אלא שצווח לאחמ"כ, ואין לו נאמנות לומר שמתחילה לא נתייאש.

מדברי הדרישה מבואר ג"כ חילוק בין זוש"י למקום שרבים מצויים שם, אלא שנחלק עם הפלפולא חריפתא האם יהיה נפק"מ בין זוש"י לרבים מצויים שם לעניין צווחה בשעת מעשה.

ולעומת זאת הריטב"א חולק על הרא"ש, וכתב שאכולה ברייתא קאי האי

טעמא "מפני שהבעלים מתייאשים מהם", דזוטו של ים נמי מטעם יאוש הוא. והא ראיא שהירושלמי למד משם דין יאוש באבידה, אלא שאף אם עומד וצווח אינו מועיל, דשקורי קמשקר או בטלה דעתו אצל כל אדם. ולפי דבריו יש להוכיח מע"ב ממעשה דשוקא דגלדאי שמקום שרבים מצויים שם דלא מועיל עומד וצווח דינו כזוש"י, והיינו ששייך ג"כ הסברות הנ"ל דשקורי משקר או בטלה דעתו³⁴.

בתרומת הכרי (רנ"ט ד) הוכיח שדין זוש"י ודין מקום שרבים מצויים שם חלוקים ביסודם, מהגמרא בדף כ"א ע"ב שהביאו מברייתא דמוצא מעות בבתי כנסיות ובתי מדרשות הרי אלו שלו. והק' בגמ' והא לא ידע דנפל מיניה, ומשני כדר' יצחק. הרי שדין מקום שרבים מצויים אינו כזוש"י, שהרי בזוש"י לא בעינן ידיעה כמבואר בגמרא דרחמנא שרייה.

והיה מקום לחדש [לולא דברי המדרכי הנ"ל] שבזה נחלקו רב יהודה ורבא, שבמעשה דרב יהודה הוה שקיל בתריה דמר שמואל בשוקא דגלדאי א"ל בא ישראל ונתן

33 עיי"ש שבדברי הטור נשאר מסופק, שבתחילה רוצה לומר שמה שכתב 'ואפילו עומד וצווח' היינו שהצווחה אינה מוכיחה שלא נתייאש אלא להיפך צווח מיאוש, ולא יועיל עומד וצווח אף במקום שרבים מצויים שם. ודחה שלא מסתבר שחולק הטור עם אביו הרא"ש, שחילק להדיא בין רבים מצויים לזוש"י לעניין צווחה.

34 וכן הוא ג"כ דעת הרמב"ם, שכתב בפ"א מה' גזילה ואבידה הלכה י' וז"ל: "המוצא אבידה בזוטו של ים ובשוליתו של נהר שאינו פוסק, אף על פי שיש בה סימן הרי זו של מוצאה, שנ' אשר תאבד ממנו ומצאתה, מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתייאש ממנה" עכ"ל.

והנה בפשטות נראה בדף כ"א ע"ב שמועיל זוש"י אף בלא ידע, ואין בו החיסרון של יאוש שלא מדעת. ולכאורה אם גדרו מדין יאוש מה מועיל שלא מדעתו, ובאמת ברמב"ם (פ"ו מהלכות גזילה הלכה א') שסובר שהוא מדין יאוש כתב דאיירי בידע³⁶. [אמנם בפשוטו בגמרא מבואר דאיירי בלא ידע, ועי' בנו"כ שנדחקו בדעת הרמב"ם. ובאבן האזל פ"ו מצדד לדעת הרמב"ם שאינו מועיל שלא מדעתו, והגמרא לא באה לחדש אלא שמועיל בדבר שיש בו סימן, ולא שמועיל בשלא מדעתו. ודבריו מחודשים]

וביארו האחרונים ושורש הדברים איתא במיזחס לריטב"א, שיאוש הוא 'מצב' ולא חלות מסוימת, ושייך בעצם לדונו אף שלא מדעת, אלא שמכיוון שהוא בעל כורחו כשאינו רואה את המצב לפניו אין דנים אותו. משא"כ זוש"י שהוא מצב ודאי ומוחלט שייך לדונו אף שלא מדעתו, ולכן כתב הריטב"א שבאופן שוודאי ניהא ליה משום מצווה וכמעשה דמרי בר איסק, שייך לדון מצב כזה בעל כורחו.

ולכאורה קטן ג"כ שייך בזוש"י, לא מיבעיא לסוברים שהוא פרשה

בה סימן מהו א"ל חייב להחזיר לפמ"ש³⁵, ובמעשה דרבא הוה שקיל ואזיל בתריה דר"נ א"ל נעשה כצוות על ביתו שנפל ולא הוזכר בגמ' הדין של לפמ"ש³⁵, וכן במעשה דדיו לא א"ל חייב לפמ"ש³⁵. ונראה לבאר בהקדם ב' הנחות, א. שבזוש"י אין חייב להחזיר לפמ"ש³⁵ [ודלא כדברי הד"מ]. ב. שאין חילוק בין עני לעשיר [ודלא כהמרדכי]. ונחלקו רב יהודה ורבא [וכן במעשה דדיו] האם דין מקום שרבים מצויים שם כזוש"י, ואין חייב להחזיר לפמ"ש³⁵, או דינו כסתם יאוש שיש חייב להחזיר לפמ"ש³⁵. שרב יהודה סבר שיש חייב להחזיר לפמ"ש³⁵, ורבא חלק עליו בזה הואיל והוא זוטו של ים ואין בו אפילו חייב של לפנים משורת הדין.

יא. האם מועיל זוטו של ים בקטן

³⁵**בכדי** לדון האם מועיל זוש"י בקטן יש לדון מהו גדר זוש"י. הנה נחלקו הראשונים בגדר זוטו של ים, הרא"ש, הטור ורוב הראשונים למדו שיסודו הוא כלשון הגמרא "רחמנא שרייה" והוא פרשה מחודשת. ולעומת זאת ברמב"ם נראה שהוא פרשה של יאוש, אלא שהוא יאוש ודאי ומוחלט ומועיל אף בדבר שיש בו סימן.

ולפי דבריהם שזוש"י מטעם יאוש הוא הקשו שנצטרך ידיעה ולולא זה לא יהיה בו היתר זכירה, והרי סוגיא ערוכה בדף כ"א ע"ב שבזוש"י לא בעינן ידיעה דרחמנא שרייה. ויש לדחות שלא באו אלא לומר שמועיל יאוש אף ביש בו סימן, אבל ידיעה צריך, ועי' נחלת דוד ואכמ"ל.

35 סוגיא זו היא סוגיא בפנ"ע, ואביאיהו בקצרה בעז"ה.

36 ז"ל הרמב"ם "לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר ומן הגייס ומן הדליקה ומן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס, אם ידע בודאי שנתיאשו הבעלים הרי אלו שלו ואם לא א ידע יחזיר, והראב"ד השיגו א"א אלו דברי תימה הם. עכ"ל.

חדשה שרחמנא אפקריה א"כ גם קטן בכלל, אלא אפילו אם הוא מדין יאוש לכאורה לא שייך בו החיסרון של שלא מדעתו דמועיל בזוש"י³⁷, מלבד דעת אבן האזל הנ"ל.

יב. האם קטן המשיב אבידה יכול להוציאו מתחת ידו בטענת ברי ללא

סימנים

ידועה ומפורסמת קושיית האחרונים מדוע אין משיבים אבידה אלא ע"פ סימנים, ולא ע"פ טענת ברי, שהרי אין כאן אחד המוחזק באבידה, וברי ושמוא ברי עדיף כאשר המוציא אינו מוציא ממון ממוחזק.

בפנ"י כתב לתרץ שנגד ברי זה איכא רובא דעלמא ולא מהני ברי נגד רוב³⁸. ויש באחרונים שתירצו דלא חשיב המוצא 'שמוא' כיון שאינו בר טענה בנידון זה, ואין בעל דין לפנינו נגד מי שטוען ברי, ואפשר שאם היה בעל הדין האמיתי עומד לפנינו

היה טוען ברי. ויש שתירצו שמכיוון שהמוצא מחזיק עבור הבעלים האמיתי אין מועיל נגדו טענת ברי וכעין ברי להוציא. ואילו בשערי יושר (שער ו' פרק י"ד) ביאר שהוא מטעם שנתנה התורה דין 'דרשהו' בהשבת אבידה, והדין דרשהו הוא בעדים או בסימנים³⁹.

וראיתי מצדדים לומר שבקטן אין דין דרשהו, ואפי' אם הוא מצווה מדרבנן על השבת אבידה לא נתנו עליו דין דרישה בעדים, ומועיל טענת ברי. אך לא מסתבר לומר כן, שאף אם פרשת שומרים לא שייך בקטן מ"מ לגבי צורת ההשבה מסתבר שהוא כגדול, שיש אותו הטעם והסיבה שיש בגדול. זולת אם נחדש סברא שאין סומכים על השבת קטן, כי אין לו מספיק דעת להבחין בסימנים ולהחזיר על ידם. אבל א"כ היה ראוי להיות מצוותו ליתן לגדול להשיב, ולא להניחו בידו ולהשיבו לטוען ברי.

37 וע"פ דברי התוספות כ"ב ע"ב ד"ה דלאו בני מחילה (הובא לעיל) שדין הקטן כדין יאוש שלא מדעת. ולמ"ד הוי יאוש מועיל יאוש גם בקטן.

והיה מקום לומר גם לולא דברי התוספות, שהפרשה של זוטו של ים אף אם הוא בתורת יאוש מ"מ שונה הוא בכך שהוא יאוש שקבעה התורה, משום שדבר מוחלט וברור הוא שמתייחס. ויל"ע שהרי כתב הריטב"א (הובא לעיל) שצווחה הייתה מועילה בזוטו של ים אילולא סברא של שקורי משקר או בטלה דעתו, וא"כ איך אפשר לדון המצב בקטן אם שייך בעצם להתנגד. ואכתי יש מקום עיון רב בזה.

38 ורבים תמחו עליו שהרי הנותן סימנים הוא חלק מהרוב.

39 ויש לציין נדבך נוסף שבנה לפי"ז, שהדין 'דרשהו' אינו שייך כלל לדיני ממונות, אלא הוא דין איסור והיתר ככל מצוות התורה. ועפ"י זה ביאר דעת הר"ן (חולין צ"ו) שכתב שמחזירים אבידה ע"פ עד אחד, וחולק על הריטב"א שם שכתב שאין מחזירים ע"פ ע"א. ויבואר ע"פ היסוד הנ"ל, שבסימנים וסימנים אין ע"א מועיל, שכשב' נותנים סימנים חוזר הדין לדיני הממונות [והוי ככל ספק שיש לו דררא דממונא שאין ע"א מועיל בו].

סימן שבלאו הכי לא יבוא לידי הבעלים, נימא דאם היה יודע ודאי נחא ליה שישתמש הלה בחפץ שלו.

וי"ל שתלוי בביאור דעת הש"ך לחלק בין יאוש לניחותא והתרצות, שבקצוה"ח (סי' רס"ב ס"ק א') ביאר החילוק בין בעל כרחו למדעתו, וביאור דבריו הוא שדבר שנעשה בעל כורחו של אדם אין אנו דנים על מצב שאינו לפנינו, שכל יאוש הוא השלמה עם מצב, וכשאין המצב לפנינו אלא הוא במצב שאילו הוה ידע היה מתייחס - אין דנים על פיו, משום שאינו מספיק שלם עם מצב שנעשה בעל כרחו כשאנו עומד לפניו. משא"כ בניחותא והתרצות שהוא מדעתו, שייך לדון גם על מצב שאינו לפניו. ולפי דבריו, אף שלאחר הייאוש מתרצה מחמת שאין על השני חיוב החזרה, התרצות זו ג"כ באה בעל כורחו, ואין אנו דנים על פיה.

באמרי ברוך (ריש סי' שנ"ח) ביאר החילוק, שביאוש אם היה יודע היכן נמצא לא היה מתייחס, משא"כ בהתרצות אמרין דנתרצה בכל אופן. ולפי דבריו ג"כ לא שייך לדון בכל יאוש לאחמ"כ התרצות, כיון שאינו מתרצה באמת אלא הוה השלמה עם המצב גרידא.

ובשו"ת עונג יו"ט (ק"א) ביאר החילוק, שייאוש אף שאינו חלות קנין מ"מ הוא מצב שנוצר בחפץ, שמוציאו מרשותו

יג. האם ניתן לצרף דעת הש"ך שמועיל אומדנא על נתינת חפץ

אף אם הייאוש אינו מועיל ואין כאן זוטו של ים, יש להעלות סברא חדשה שיתיר למוצא ליטול את המטבע ויפטר ממצוות השבת אבידה. איתא בתוס' (ב"מ כ"ב א') גבי מעשה דמר זוטרא, דאין לומר שהאמוראים היו אוכלים על סמך שיתרצה מרי בר איסק כשיידע, דהלכה כאב"י, ואע"ג דהשתא נחא ליה מעיקרא לא הוה נחא ליה. מדברי התוספות עולה שהתרצות בנתינה דינה כדין יאוש, ואם היה שלא מדעת לדידן דקיימא לן כאב"י - לא מהני, ואין דנים אומדנא שאם היה יודע היה נותן.

ומאידך סובר הש"ך (סימן שנ"ח ס"ק א') שבהתרצות על נתינה דנים ניחותא שלא מדעת ומהני לכו"ע, שכתב על דברי התוספות וז"ל: "ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר, ויאוש שלא מדעת שאני, שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא, ובעל כורחו הוא מתייחס, א"כ אמרי' מעיקרא באיסורא אתי לידיה. שבמה יקנה, אי ביאוש - הא השתא אינו מתייחס, ואלו היה יודע שהוא אצלו לא מתייחס. משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצה, א"כ השתא נמי בהיתרא אתי לידיה דמסתמא אינו מקפיד על זה" עכ"ל.

ומעתה צריך לדון על כל יאוש שלא מדעת, הגם שבתורת יאוש לא הוי יאוש, מ"מ יועיל בתורת התרצות. והיינו באין בו

מועיל אומדנא, כיון שבאומדנא מסלק הקפדתו.

בחזו"א נראה שחולק על הבנת הנך רבואתא דסגי ניותא להוריד את האיסור לא תגזול, וסובר שאף במתנה כמרי בר איסק צריך להיות שלו, וכל נתינה צריכה חלות ולא סגי באומדנא⁴¹. אך ציין שמדברי התוס' בב"מ שתלו המעשה של מרי בר איסק בייאוש של"מ מבואר ההיפך מדבריו, דלא בעינן חלות, ולכך מהני לרבא דסבירא ליה יאוש שלא מדעת הוי יאוש.

והנה למהלך עונג יו"ט בדעת הש"ך יש להקשות, בכל יאוש שלא מדעת דלא הוי יאוש, הרי לאחר היאוש איכא ניותא והתרצות מכיוון שלא יבוא לידו לעולם. ואף שלא יהיה שלו לקדש בו אישה (אא"כ מקדש בהנאה), יהיה רשאי להשאירו אצלו וליהנות ממנו אף הנאה של כילוי, וייתכן שבכל יאוש שלא מדעת עדיין אינו מתרצה, שסבור שאפשר שיגיע לידו בעדים⁴².

ובנידון דידן שלא שייך עדים על החפץ שכל המטבעות שוות, לכאורה הרי

ומבעלותו, משא"כ התרצות וניחותא אינו חלות אלא הסכמה בעלמא שהלה ישתמש בחפץ, ואף בהנאה של כילוי אין צריך קניין שיהיה שלו בשביל שלא יהיה איסור לא תגזול, אלא מספיק התרצות וניחותא. ואף שמשתמש חברו בשלו, אין עליו איסור לא תגזול כשאינו מקפיד.

ולעניין הלכה כתב השו"ע הרב (מציאה ופיקדון הלכה ד') שהנאה של כילוי אסור וכשיטת התוס', ומאידך בהנאה שאינה של כילוי כתב (בסעי' כ"ח) שאם אינו מוציא אלא משתמש בו לצורכו מותר⁴⁰. ואף אם מתקלקל תוך כדי השימוש, אם יודע שאינו מקפיד על הקלקול מותר. ולכאורה החילוק ביניהם צ"ב. ויש לבאר בדבריו שקיימים ב' חלקים באיסור לא תגזול, חלק א' הוא האיסור לקחת ולכלות חפץ של השני, וע"ז לא מהני אומדנא, שאף אם אינו מקפיד קיים איסור בעצם נטילת וכילוי ממון השני, ואין האומדנא יכולה לייצר חלות מחודשת [בק"ו מייאוש - להבנת העונג יו"ט]. וחלק ב' הוא האיסור ליהנות מחפץ השני, דהיינו כשהחפץ שייך לשני ולא הנטילה הוא האיסור אלא ההנאה, וע"ז

40 ומביא ראיה מספרים, שהמוצא ספר פותחו וקורא בו וכמבואר בגמ' בדף כ"ח ע"ב.

41 שכתב (באהע"ז סי' קמ"ח דף נ"ב ע"ב) וז"ל: "ואם לקח מתנה דבר קל שאפשר שבעה"ב לא יקפיד עליו מפני קירוב דעתם, ונודע לבעה"ב וניחא ליה, לכאורה הוי כתרומה, דמתנה בעינן דעת נותן והקנתא ולא מהני למפרע, וכן אפילו דבר דלא בעינן גילוי דעתו - שידוע מראש באומדן הדעת שאינו מקפיד, מ"מ לא מהני, כיון שאין זה זכותו דנימא זכין לאדם שלא בפניו" עכ"ל.

42 והיינו שחלוק יאוש מהתרצות, שיאוש הוא השלמה הנובע ממצב וטבע האדם ואינו תלוי כ"כ בהסכמתו ודעתו, משא"כ התרצות שצריך להיות מרצונו אינו מתרצה כשיש לו צד שיגיע לידו בעדים.

יאוש מ"מ נחתא והתרצות דנים אף שלא מדעתו, וממילא אף בקטן נדון כן, כיון שניחתא והתרצות לדין הוא כמו יאוש למ"ד הוי יאוש. ועי' הערה 44.

טו. האם גדול נעשה שומר אבידה עבור

קטן

אם נכריע מספק שיהא מונח עד שיבוא אליהו כיון שאין יאוש בקטן, ואין דין מקום שרבים מצויים שם כזוטו של ים, יש לדון האם קטן מתחייב בשמירה. הנה בסתם שומר פיקדון עבור קטן נחלקו הרמב"ם והראב"ד (פ"ב מה' שכירות הלכה ז') האם נשבעים שבועת היסת, ושורש פלוגתתם ביארו האחרונים שנחלקו האם הפטור של קטן הוא מחמת שאין עליו חיובי שומרים, או שאינו בכלל תורת שמירה⁴⁵.

אלו שלו מחמת האומדנא. ואף אם לא מועיל יאוש בקטנים או שהוא יאוש שלא מדעת.

יד. האם שייך לדון אומדנא בקטן

אלא שיש לדון האם בקטן שייך ג"כ לדון אומדנא כזו שאינו מקפיד ואפשר להשתמש בשלו, והיינו שהרי מבואר במנחת חינוך (מצווה ס') שקטן אינו יכול לתת רשות, ולפי דבריו לכאורה לא שייך לדון אומדנא על קטן.

ושמעת בשם הגר"ש סגל שליט"א שאומדנא כזו שייכי ושייכי גם בקטן, ועל פי מש"כ התוספות (כ"ב ב) בד"ה דלאו בני מחילה ניהו כתבו שבקטן שייך לדון יאוש שלא מדעת למ"ד הוי יאוש, כיון דלכי גדלי מייאשי הוי יאוש⁴³. והרי דעת הש"ך שאף לדין דיאוש שלא מדעת לא הוי

43 בביאור דברי התוספות לכאורה צ"ב, שבפשטות ביאוש שלא מדעת אין צריך שיתייאש לאחמ"כ, ומאן דאמר הוה יאוש אינו משום שלאחמ"כ הוא מתיאש בפועל, אלא שדנים על המצב העכשווי אילו הוה ידע הוה מתיאש, ולפי זה מה שייך לדון יאוש בקטן אם בקטן לא שייך יאוש. ואף להסוברים שצריך יאוש לאחמ"כ (עי' שיטמ"ק בדף כ"ב), מ"מ הוא דין בשביל לגלות בדעתו שהיה מתיאש, ולא שדנים מה יהיה לאחמ"כ. מלבד הראב"ד בשיטמ"ק שתלה המח' של יאוש שלא מדעת במח' האם יש ברירה, ואף ברירה יל"ע האם שייך בקטן כשמתברר לכשיגדל.

וצ"ל דיאוש אינו חלות מסויימת אלא הוא מצב שמפקיע בעלותו, ובעצם שייך בקטן, אלא שלא שייך לדון בקטן יאוש שאין דעתו דעת, אבל יאוש שלא מדעת שאין דנים דעתו בפועל אלא אילו הוה ידע והיינו שדנים טבע בנ"א אף בקטן ד"ז שייך לדון כן, שא"צ דעת בפועל. ומה שכתבו התוס' 'כיון דלכי גדלי מייאשי' אין כוונתם ע"ש העתיד, אלא שדנים אותם אילו היו גדולים והיו בני דעת היו מתיאשים. ולפי האמור יש לומר, שבניחתא והתרצות אף שאינו חלות מסויימת מ"מ לכה"פ בעינן דעת בשביל ההתרצות. והגם ששייך לדון לדעת הש"ך נחתא והתרצות שלא מדעתו, מ"מ אינו דומה ליאוש שהוא חידוש התורה ומועיל בעל כורחו, ושייך לדון טבע בלא שייכות להלבישו על האדם. אבל נחתא אף שאינו בכלל חלות אלא הסכמה בעלמא, צריך לדון האם שייך מצב זה באדם שמלבישים עליו הסכמה זו.

44 עי' הערה הקודמת שאין הסברא ודאית בביאור דברי התוספות.

45 חידושי ושיעורי ר' ברוך בער ב"ק סי' כ"א.

אלא שיש לדון בקצירת האומר האם שומר אבידה דינו ככל שומר פיקדון. בגיליון חכמת שלמה (להגר"ש קלוגר סי' ש"ב) כתב שיש שומר אבידה לקטן אע"פ שבפיקדון אין שומר לקטן, שכל החיסרון בקטן הוא המסירה, אבל בשומר אבידה שאינו עם מסירה יש שומר עבור קטן. וכ"כ בנתיב"מ סי' רצ"א.

ובברכת שמואל (ב"ק סי' מ' סק"ג) כתב שלדעת הסוברים שאין שומר בפיקדון עבור קטן ה"ה שאין שומר אבידה עבור קטן.

טז. האם קטן נעשה שומר אבידה

הנה לכאורה פשוט שאם יש חיוב השבת אבידה החיוב הוא על הקטן, ומדרבנן (וכנ"ל), ולא על האב. והגם שמציאת קטן לאביו, לכאורה אינו אלא תקנה לזכותו ולא לחובתו לחייבו בהשבה. ויש לדון בקטן שנתחייב בהשבה האם נעשה הקטן שומר אבידה.

במנחת חינוך (מצווה תקל"ט) נקט כדבר פשוט שקטן אינו נעשה שומר אבידה, וכתב לפי דבריו דלא שייך באיסורא אתי לידיה, ויועיל יאוש בקטן, דלא שייך נטלה ע"ד להשיבה כיון שאין יד לקטן ואינו

זוכה כלל במציאה⁴⁶. ואף לדעת הש"ך (בסי' רמ"ג) שכתב שקטן זוכה מן התורה בהגיע לעונת הפעוטות אפי' בלי דעת אחרת מקנה, מ"מ מכיוון שלא הגביה ע"ד להשיב הוי כמונח ע"ג קרקע. ואף לדעות שבחצר שייך באיסורא אתי לידיה, מ"מ קטן גרע שאינו דומה כבא לידו כלל. וצ"ע טובא בדבריו.

סברא נוספת שלא ייעשה שומר אבידה י"ל, שאם חיוב השבתו הוא רק מדרבנן, שמחויב במצוות השבת אבידה מדין חינוך, אפשר שמה שנתנה התורה חיוב שמירה למשיב אבידה אינו בגדר מצווה, אלא שהמשיב אבידה נעשה ע"פ תורה שומר על האבידה. ויש לדון האם רבנן כשנתנו עליו המצווה של השבת אבידה נתנוהו כבר עם החיוב שמירה. [ואפשר שתלוי בנידון דלהלן, האם הדין שמירה כפוף לפרשת השבת אבידה או שהוא פרשה בפני עצמה].

יז. האם ספק שומרים בהשבת אבידה

דינו כספק בדיני שומרים, או כספק

בהשבת אבידה

יש לדון בדיון שומר אבידה שהטילה התורה חיוב שמירה על המוצא אבידה, האם דינו נשאר כפוף לפרשת השבת אבידה או שדינו כדיון שאר שומרים.

46 וכתב כן אף לדעת התוס' [דס"ל שעניין באיסורא אתי לידיה הוא חיוב השבה ולא דין שומר] שאין חיוב השבה מכיוון שלא זכה בידו.

והנפק"מ, כגון באופן שנטל חפץ להשיב לבעלים, אבל לבעלים עדיף שיוציאו מידו ויניחו במקום מסוים, וכגון המוצא עט וכדו' שהבעלים מעדיף שיתלה את העט בלוח המודעות אע"פ שיכול להיות שייקחוהו אינשי דלא מעלי, כי מ"מ הוא מקום המשתמר קצת, ועדיף לבעלים שיתלם שם מאשר שיישאר החפץ ביד המגביה. האם דינו כדין שומר שאינו רשאי להוציא החפץ מידו ללא רשות מפורשת מהבעלים, או דלמא דינו כפוף לפרשת השבת אבידה, ובאופן שעדיף לבעלים שיוציאו מרשותו בזה מקיים ההשבה מצידו, ותמה נגמרה לה השמירה⁴⁷.

ויש להציע עוד נפק"מ, באופן שהגביה זקן ואינו לפי כבודו החפץ בשדה כשדרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר, שהדין הוא שחייב מספק להחזיר בשדה. ונחלקו המחבר והרמ"א סי' רס"ג סעי' ב' אם מכיוון שהתחיל נתחייב כבר לגמור ההשבה גם בעיר, או שיכול להניחה מידו בעיר. ונחלקו בזה הרא"ש והרי"ף עם הרמב"ם, אמנם לא נחלקו בהנ"ל אם החיוב שמירה שייך לחיוב השבה, אלא נחלקו אם החיוב השבה הוא אף בעיר, דהרא"ש סובר לעניין החיוב השבה אף שנתחייב בשדה הרי בעיר הוה ספק אם נתחייב והאיסור זלוזל בכבוד התורה גובר, ודעת הרמב"ם שמכיוון

47 יש להוכיח מדברי הרמ"א (סי' רס"ג סעי' י') שניתן לסמוך על רצון הבעלים. שכתב ביש בו סימן והוא ספק הינוח במשתמר לגמרי ונטלו ולא הוליקו לביתו יחזיר ובהוליקו לביתו לא יחזיר, ובמשתמר קצת לא יחזיר אף בעמד ולא זו משם, משום שהמקום אינו משתמר היטב והוא מונח עד שיבוא אליהו. הרי שבמקום שמשתמר היטב וניחא לבעלים שניח שם החפץ, יכול להוציא מידו.

והנה דין זה הוא חידוש של הרמ"א, שבתוס' דף כ"ה נקטו שבכל אופן נעשה שומר אבידה ואינו רשאי להוציא מידו ואף בלא זו משם, והיינו משום שאף על הצד שהניחום הבעלים שם חיישינן לשכחה. בר"ן מבואר שדווקא בלא זו משם לא יחזיר שהרקי אפשר שבאו הבעלים בינתיים, וע"פ הירושלמי במעשה שר' אבא בר זבדא אשכח חמרא מכוסה בחפיסה וכו'. אבל אם הלך לדרכו אינו נעשה שומר אבידה, דלא חיישינן לשכחה. והרמ"א כתב לחלק בין אם המקום משתמר או לא, ולכאורה ודאי פוסק כהתוס' ולכך באינו משתמר אסור להחזיר החפץ לשם אף בלא זו משם. ובכל אופן במשתמר לגמרי יחזיר למקומו אף בהלך לדרכו, ואף בספק הינוח ויש בו סימן - שעל צד נפילה חייב להכריז ונהיה שומר אבידה - בכל זאת יחזירנו למקום המשתמר שעדיף לבעלים. הרי ששומר אבידה יכול להוציא החפץ מידו כשעדיף לבעלים. אלא שבהגהות רעק"א מבאר בדברי הרמ"א שבמשתמר לגמרי ביש בו סימן תולים יותר בהינוח ולא בנפילה, ולכך יחזיר.

[וכן עולה מדברי הנתיה"מ (שם ס"ק י"ב), עיי"ש מה שכתב לבאר בדעת הרמב"ם דלא כשאר אחרונים. ובמשתמר לגמרי לא יגע בו, דהוי ודאי הינוח ולא ספק הינוח].

והנה בדברי התוספות (בד"ה ואם נטל) שכתבו דמיירי הכא בספק אבידה, שאפילו הניחום בעלים שם מדעת דומה ששכחוהו, משמע שבלא טעם זה היה מחזיר למקום שנטלו משם משום שעדיף לבעלים. וזה אינו, שכוונת התוס' שבלא טעם שכחוהו אינו אבידה, וכל האבידה שבו היא רק מטעם שכחה. [ומה שכתבו התוספות דחיישינן לשכחה בד"ה ואם נטל, ולא כתבוהו בד"ה אחר הגפה כשחידשו שם שחייב בהכרזה ביש בו סימן אף בוודאי הינוח, ודלא כהר"ן, י"ל דעיקר דבריהם אינו החידוש ששכחוהו, אלא שאע"פ שיש צד הנחה נעשה שומר מספק, שעל צד נפילה הרי שכחוהו].

הדין הוא שכבר נעשה שומר אבידה וצריך לדאוג שהאבידה תוחזר לידי הבעלים.

ויש לדחות, שנחלקו הריטב"א והש"ך בגדר אנקטינהו נגרי ברייתא, ודעת המחייבים היא משום דאנקטינהו נגרי ברייתא ודעת הפוטרים היא משום דלא חיישינן לאנקטינהו, שהתלמוד הפסיעות החיצוניות (אנקטינהו נגרי ברייתא) אינו עושה אבידה מחודשת אלא מעצים את המצב של איבוד, ומשייך אליו יותר את האבידה אבל בכרמים שמחוץ לכרם אינה אבודה לא שייך אנקטינהו חדש מחוץ לכרמים.

עוד ראיה יש להביא שהחיוב של שומר אבידה שייך לחיוב השבה, מהא דקיי"ל שסתם שומר צריך דעת בעלים, ושומר אבידה נפסק בשו"ע (רס"ז סעי' ב') שאין צריך דעת בעלים, הרי שאינו שומר אלא עד שכלה החובת השבה. ויש לדחות שהוא דין מיוחד בשומר אבידה שהשמירה תמה אף בלא ידיעת בעלים. ועוד יש לדחות שכשהשיבה לרשות בעלים כבר אינה אבידה ולא שייך בה שמירה⁴⁸.

שנתחייב בשדה נתחייב בעיר. נמצא שכל הנידון הוא לעניין חיוב השבה, אבל אין מחייבים אותו להשיב מדין שומר שנתחייב בשמירה עם הגבהתו, ונאמר שחיוב זה לא פקע עם כניסתו לעיר. עולה שהדין שומר שייך לחיוב השבה⁴⁸.

הש"ך (סימן רס"א סק"ב) גבי דין אבידת בהמה בכרמים דקיי"ל שמחויב להוציא הבהמה מן הכרם, ציין "עיין לקמן סי' רס"ג ס"ב". ובהגהות רעק"א על השו"ע (רס"א) ביאר דבריו, שחולק על הריטב"א שם, דהנה על ריצת הבהמה בכרם חשוב אבידה דמסקבא לחמרא, אך לאחר שמוציאה משם יל"ד האם נתחייב בהשבה וחייב להשיבה עד שתבוא לידי בעלים, או כל ההשבה היא להוציא מהכרם ויכול אח"כ להניחה כך מחוץ לכרם. ולכאורה תלוי בהנ"ל האם השומר כפוף להשבה ואין חיוב השבה לאחר שהוציאה מהכרם, שכבר אינה אבידה, או דלמא כבר נעשה שומר וחייב בשמירתה עד שתבוא ליד בעלים. ולכאור' הוא דרגא נוספת מעבר לזקן ואינה לפי כבודו, לפי שכל האיבוד שבו היה רק מחמת הכרם, וכבר יצאה הבהמה מן הכרם, ואעפ"כ

48 אמנם עי' רעק"א דף ל' ע"ב שהעלה שעל הצד בגמרא דהשבה מעליא בעינן ומכיוון שאינו מחזיר בעיר א"צ להחזיר אף בשדה, כשדנים כלפי העיר מתברר למפרע שלא נתחייב מעולם בהשבה, וממילא לא נעשה שומר ג"כ. ולפי דבריו אין ראיה בעניין חיוב שמירה אם מיתלי תליא בחיוב השבה.

49 כמו"כ יש לבאר בב"ק (נ"א) שבהחזירה כדי שיראנה הבעלים סגי, ואינו תלוי באם שומר אבידה כש"ח או כשומר שכו', והיינו משום שכבר אינה אבודה ולא שייך חיוב שמירה. ויש לדחות שנחשב השבה למקום המשתמר אף לגבי שומר חניס, ואינו דומה להחזיר לגינתו וחורבתו שאינו משתמר שתלוי במח' רבה ורב יוסף. והיינו משום ששם הוא משתמר ברוח מצויה ואינה משתמר ברוח שאינה מצויה וכמו שכתבו התוספות שם.

ובעניין זה האם החיוב שמירה שייך לחיוב השבה יש לדון נפק"מ נוספת ולאפכא. לדעת התוספות שבאיסורא אתי לידיה היינו שנתחייב בהשבה האם מתחייב אף בשמירה לאחר יאוש, דאפשר דבאיסורא אתי לידיה אינו אלא לעניין החיוב השבה, אבל חיוב שמירה שיתחייב בגניבה ואבידה וכמו"כ טיפול והשבחה אין לאחר יאוש. משא"כ אם השומר מיתלי תליא בחיוב השבה, כל שיש חיוב השבה יש חיוב שמירה.

הנוגע לעניינינו הוא, מה שיש לדון עפ"י הנידון הנ"ל נידון נוסף בדיון הספיקות בחיוב שומרים; האם דנים אותם כספק בהשבת אבידה, ובאופן שיש ספק האם נהיה שומר אנו דנים בו מספק לחומרא ומיחייב לדעת הרא"ש⁵⁰, או כספק שומרים שדינו הממע"ה.

והיינו דרגא נוספת, אם נניח שיש לשומרים דין בכפוף לחיוב השבה, וכשמבחינת דיני אבידה ומציאה נגמרה ההשבה פקע אף החיוב שמירה בדיני שומרים, ייתכן בנוסף לכך שכל חיובי השומרים הם כחלק מפרשת השבת אבידה ששייך להתייחס אליו כספק מצווה, כיון שהמצווה גורמת החיוב שמירה וכל השמירה הוא חלק מהמצווה של 'והיה עמך עד דרוש'.

נפק"מ נוספת שיש לדון בזה בנידון דידן הוא, אם בקטן [שחיובו מדין חינוך גרידא] יש ספק בשמירה, האם הו"ל כספק דרבנן שאף השמירה כפופה לחיוב ההשבה, או דלמא דנינן ליה כדין שומר וספקו דאורייתא.

והנה בשיעורי ר' שמואל הוכיח מדברי התוספות (כ"ה ב בד"ה ואם נטל לא יחזיר) שכתבו בספק הינוח שנעשה שומר אבידה מספק, לרבה הוי שומר חנם ולרב יוסף שומר שכר. ולכאורה הרי בספק קיי"ל שהמוציא מחברו עליו הראיה, ומדוע יתחייב בשמירה מספק, אלא ודאי השמירה מוגדרת כחלק מההשבה ונחשב לספק מצווה. [עיי"ש שרוצה לומר שמקודם נפסק הממון שהוא של הבעלים, והשמירה הוא שלב ב'. אבל דייק מלשון התוספות שכתבו שנעשה שומר מספק דהיינו שהשמירה היא מספק].

ולעומת זאת בפנ"י (ב"ק נו) כתב לבאר דעת רבה דשומר אבידה כשומר חנם, הגם שנפטר מלמיתב ריפתא לעני, דכיון שהשמירה אינו מוגדר כחלק ממצוות השבת אבידה אלא הוא דין שומר ככל שומר, ומה שנפטר מלמיתב ריפתא לעני אינו פוטר מחמת עוסק במצווה דשיטוח וניעור - שמחויב ממילא לעשות מדין השמירה, ולא מדין מצוות השבה – משו"ה לא חשיב עוסק במצווה.

50 אם הביאור בדעת הרא"ש שהחיוב להכריז מספק הוא מכיוון שהוא ספק מצווה, וכנ"ל.

יח. האם רשאי שומר להחזיר לקטן

איתא בגמ' ב"ב (נ"א ב) "אין מקבלים פיקדונות לא מן הנשים ולא מן העבדים ולא מן התינוקות. קיבל מן האשה יחזיר לבעלה, קיבל מן העבד יחזיר לעבד, קיבל מן הקטן יעשה לו סגולה. וכולן שאמרו בשעת מיתתן 'של פלוני הם' יעשה כפירושם". ע"כ. וברשב"ם ד"ה קיבל מן הקטן כתב, "לא יחזיר לו שהרי אין יודע לשמור, וכמשליך לאיבוד דמי מי שמחזיר לו, אלא יעשה לו סגולה – אוצר, עד שיגדיל ויחזיר לו" עכ"ל. הרי שאף אם הפקיד הקטן בידו אסור להחזיר לידו שהוא כמאבדו. וצריך ביאור בדבריו, שהרי היה בידו מקודם ומה שייך איבוד יותר כשמחזירו כעת לידו.

וכתב הרשב"א לחלק בין קטן שהגיע לדרגת צרור וזרקו אגוז ונטלו, שלקטן כזה מחזירים, לקטן שלא הגיע לדרגא זו שלו אין מחזירים. ובקוב"ש (סי' רל"ה) הוכיח שהרשב"ם מוקים הסוגיא בקטן בן דעת ואפ"ה אין מחזירים לו, שכתב גבי "וכלן שאמרו" – 'אפילו קטן', ובלא הגיע לדרגת צרור וזרקו אין אמירתו כלום. דעת המהרי"ט (שו"ת סי' ל"ז) כרשב"ם שאין חילוק ביניהם, ודעת המחנ"א (הלכות שאלה ופיקדון סימן ח') כהרשב"א שמחלק ביניהם.

וברשב"א הוסיף עוד, שאם החזיר לידי הקטן אינו חייב לשלם,

שהאיסור להחזיר הוא מדין השבת אבידה, אבל מדיני השמירה נחשב כהחזרה.

והנה במה שמבואר מסוגיא זו שיש חיוב השבת אבידה בבא מיד קטן, יש להעיר שבגמ' שם (בדף פ"ז) בסוגיא דצלוחית ושמן מבואר דצלוחית שמסרה ביד תינוק אבידה מדעת היא, מוכח שצלוחית המונחת ביד תינוק חשיבא כאבידה מדעת, ונפסק בשו"ע (סי' רס"א סעי' ד') שאינו חייב בהשבה עליה, ולדעת הטור דינו כהפקר וכן פסק הרמ"א, ומה שייך בזה חיוב השבת אבידה⁵¹.

במשפט האבידה (רס"א כ"ט) הביא מדברי האמרי יושר שחפצים שהדרך לתת ביד קטנים לא חשיב אבידה מדעת ומיישב ב' הקו' שלא חשיב אבידה מדעת כמו"כ שפיר אפשר להחזירם לידי קטן.

יש להוסיף ולציין על בניהון שלפנינו שהיה מקום לדון על בעלי המתנ"ס שיתחייבו בהשבה כשבא לחצרם מקודם יאוש, לדעת הראשונים והפוסקים הסוברים ששייך בחצר באיסורא אתי לידיה (יעו' בזה בארוכה בש"ך סי' רס"ב וסי' רס"ח ס"ק א'). אלא שלאחמ"כ כשנטלה המגביה זוכה בה אם הוא לאחר יאוש, ואין חיסרון של באיסורא אתי לידיה כשנטלה אחר כדמוכח מהמשנה (דף כ"ו ע"ב) שהמוצא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו, ואין דין באיסורא אתי לידיה

51 ע"י עוד במחנ"א הל' שאלה ופיקדון סי' ח' מה שכתב בעניין זה.

כשבא לחצר שיוכל אחר לזכות משם. [ואם להחזירה לשומר אבידה, ולהיפך, יתחייב אין יאוש יש לדון האם מתחייב בעצמו בי' זהובים אם נטלה.] אלא שאינו חצר בהשבה כשנטלה משומר אבידה, או חייב המשתמרת לבעלי המתנ"ס.

וזאת תורת העולה:

א. יש להסתפק במטבע שמחולק לילדים, האם אפשר לתלות שנפל מקטן שלא הגיע לדרגת צדור וזורקו אגוז ונוטלו ולפוטרו מהשבת אבידה - כיון שלא זכה בחפץ אלא מדרבנן [ובפרט אם כל העניין של דרכי שלום אינו אלא לעניין איסור לא תגזול]. ולכאורה לא חשיב שאחרים זוכים עבדו שיזכה בו מן התורה. כמו"כ לדעת רמ"א שצריך הקטן כוונה לקניין יש להסתפק האם יש לתלות שלא נתכוון לקנות [באופן שאין מונח כולו בידו לנתיה"מ, שיד קונה שלא מדעתו].

ב. עוד יש להסתפק, על צד שזכה בו הקטן האם זכה ממנו האב. ולכאורה תלוי במחלוקת הרמב"ן והסמ"ע בביאור דעת נימוק"י, שאם זכה בו האב לכאורה הוי יאוש שלא מדעת, משא"כ לצד שזכה בו הקטן הוי יאוש מדעת, ששייך במעות אלו סברת אדם עשוי למשמש. ומחלוקת רעק"א ונתיה"מ עם אולם המשפט ואגרו"מ האם יאוש בקטן מהני.

ג. יש לצרף דעת הרמב"ם שבאין בו סימן זכה בו המגביה [לדעת הכס"מ והסמ"ע והב"ח], כמו"כ סברת רעק"א שבאין בו סימן לא נתחייב בהשבה. ומספק אפשר שקים לי בהשבת אבידה תלוי במח' רמב"ם ורא"ש [לדעת הגר"א] בדין ספיקות בהשבת אבידה. אמנם הספק האם קיי"ל כרעק"א יש לומר שהוא ספק בכוונת התורה והוי ספק מצווה, והספק האם קיי"ל כהרמב"ם לכאורה הוי ודאי ספק ממון.

ד. אין חיוב לפנים משורת הדין לאחר יאוש, לפי מה שכתב השו"ע הרב שאין חיוב לפמש"ה להניח עד שיבוא אליהו.

ה. טעם נוסף לפטור אם נדון אותו כזוטו של ים, שמקום שרבים מצויים שם נחלקו הראשונים האם דינו כזוש"י, וקטן ג"כ שייך בפרשת זוש"י [מלבד לדעת הרמב"ם לחלק מהשיטות].

ו. אף אם הוי יאוש שלא מדעת או שלא מועיל יאוש בקטן, אפשר לצרף דעת הש"ך לדון אומדנא דניחא ליה, כיון שלא יגיע לידו הואיל ואין בו סימן. ועדיף מכל דבר שאין בו סימן שאין דנים דינו של הש"ך ביאוש שלא מדעת, כי יכול לבוא לידו ע"י עדים, ואף בקטן שייך לדון אומדנא.

ז. מחלוקת הנתיה"מ והחכמת שלמה עם הברכת שמואל האם גדול נהיה שומר אבידה עבור קטן.

ח. סברת המנחת חינוך שקטן אינו נעשה שומר אבידה.

ט. ספק בדיני השומר אבידה האם נחשב ספק מצווה או ספק ממון, מחלוקת פני יהושע והגר"ש רוזובסקי ע"פ התוספות ב"מ כ"ה ע"ב.

י. מחלוקת רשב"ם ורשב"א האם רשאים להחזיר לקטן שהגיע לדרגת צרור וזרקו אגוז ונוטלו, ובלקט יושר כתב שחפצים שהדרך לתת בידם ודאי מותר.