

בשמים ובארץ - אין עוד סוגית 'היתר אבידה למוצאה' ושורשיה

מבוא

התורה מצווה על השבת האבדה בספר שמות ובספר דברים :

”כי תפגע שור איבך או חמרו תעה השב תשיבנו לו”¹.

”לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים והתעלמת מהם, השב תשיבם לאחיך. ואם לא קרוב אחיך אליך ולא ידעתו, ואספתו אל תוך ביתך והיה עמך עד דרש אחיך אתו, והשבתו לו. וכן תעשה לחמרו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבדת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה, לא תוכל להתעלם”².

מבואר, שעל האדם מוטל חיוב בראותו אבידה להשיבה לבעליה, ולא להתעלם ממנה. בגמ' בדף כו ע"ב מבואר, שהנוטל אבידה ע"מ לגזולה עובר גם ב"לא תגזול", ומכאן שהבעלים עדיין חשיב בעלים למרות שהחפץ אינו ברשותו. המשנה בדף כז ע"א מלמדת, שיש מקרים בהם האבידה מותרת למוצאה: "אף השמלה היתה בכלל כל אלו, ולמה יצאת? להקיש אליה ולומר לך, מה שמלה מיוחדת שיש בה סימנין ויש לה תובעין, אף כל דבר שיש בו סימנין ויש לו תובעין - חייב להכריזו". ומסביר רש"י³ "למעוטי מידי דידעינן בה דמייאש". ויש לעיין בטיבה של בעלות המאבד באבידתו לפני יאוש, ולתהות מהי פעולת היאוש. אבקש דרך שתי שאלות אלו להתבונן בסוגיית בעלות האדם על ממונו, ולברר מקורה תוכנה ומהותה. וה' הטוב יאיר עינינו בתורתו.

א.

אמר ר"ש חסידא גזל כנעני אסור אבידתו מותרת גזילו אסור דאמר רב הונא מנין לגזל הכנעני שהוא אסור שנאמר ואכלת את כל העמים אשר ה' אלהיך נותן לך בזמן שהן מסורים בידך ולא בזמן שאינם מסורין בידך אבידתו מותרת דאמר רב חמא בר גוריי אמר רב מנין לאבידת הכנעני שהיא מותרת שנאמר לכל אבדת אחיך לאחיך אתה מחזיר ואי אתה מחזיר לכנעני ואימא הני מילי היכא דלא אתי לידיה דלא מחייב לאהדורי בתרה אבל היכא דאתי לידיה אימא ליהדרה אמר רבינא ומצאתה דאתאי לידיה משמע⁴.

מבואר, שלמרות שגזל הגוי אסור, אבדתו מותרת. ותימא, הלא מבואר במכילתין, שהנוטל אבידה על מנת לגזולה עובר בלא תגזול! וממילא, כיון שגזולתו אסור, מהיכא תיתי להיתר אבידתו. ועוד תמוה,

1. שמות כג, ד.

2. דברים כב, א-ג.

3. ד"ה אף כל שיש לו תובעין.

4. ב"ק קיג ע"א.

דהלא מקורה של הגמ' הוא מ"אחיך", דלאחיך אתה חייב להחזיר ואי אתה חייב להחזירה למי שאינו אחיך. אך, מיעוט זה איננו אומר אלא שאין אתה מחוייב להחזיר לגוי, אך לא שתוכל לזכות באבידתו, שכפי שביארנו מעורב בה איסור גזל האסור אף מגוי!

ואכן, הב"ח⁵ מחדש שאין כוונת הגמ' להתיר זכייה באבידת כנעני, רק שלא לחייב בהשבה. אלא, שלפי זה קשה ההנגדה - "גזילו אסור ואבידתו מותרת" - שבפשטות משמע, שמה שנאסר בגזל הותר באבידה, ואילו לפי דבריו אין קשר בין מה שנאסר בגזל למה שהותר באבידה - אי חיוב השבה. ועוד קשיא לי על דברי הב"ח מדברי הרמב"ם: "אבידת הגוי מותרת שנ' אבידת אחיך... ובמקום שיש חילול השם אבידתו אסורה, וחייב להחזירה"⁶. דאם כוונתו הייתה כב"ח ש"אבידתו מותרת" היינו רק שאינו חייב להחזירה אבל אסור ליטלה, לא היה לו לכתוב אלא אבידתו אסורה, ואנא ידענא שחייב להשיב. ומדכפל וכתב "אבידתו אסורה וחייב להשיבה" אלמא, דבמקום שאין חילול ה' אבידתו שריא לגמרי, ולכן במקום שיש חילול ה', הוצרך הרמב"ם ללמדנו גם דאבידתו אסורה וגם שחייב להשיבה.

הגר"ח מוולאדין⁷ מתרץ, דאין דומה איסור גזל הגוי לאיסור גזל ישראל. דבגוי לא נאסרה אלא גזילה דרך ורדנות ודיכוי, כדכתיב "ואכלת - בזמן שמסורים בידך ולא בזמן שאין מסורים בידך", אלמא לא נאסרה אלא "אכילה", ביטוי המורה על כיבוש ודיכוי. אך גזילת אבדה ודאי איננה נכללת בגדר זה, ולכן היא מותרת. ועדיין צריך עיון גדול.

ב.

"אשר תאבד - פרט לאבידה שאין בה שווה פרוטה"⁸. וכן מצינו לגבי גזל שאין חיוב להשיב הגזלה כשאין בה שווה פרוטה. ביסוד אי חיוב השבת גזלה שאין בה שווה פרוטה, נשנתה מחלוקת בין רבותינו האחרונים. המנחת-חינוך סבור שהיסוד הוא שהבעלים אינם מקפידים ומוחלים (כאשר כבר גזל). המחנה-אפרים⁹ חולק, וסובר שנפטר רק מחיוב השבה, אבל אין כאן היתר זכיה.

יש נפק"מ רבות בין השיטות, ואנו נמנה שתיים מהן: א. היכא שהנגזל אינו יודע, או יודע וצווח שאינו מוחל. דלמנ"ח הגזלן חייב להשיב, כיון שהבעלים לא מחל. ואילו למ"א אינו חייב, שלא חייבה אותו התורה להשיב בכך. ב. כאשר הנגזל יודע ושותק. דלמנ"ח תולין שהבעלים מחל, ולכן הגזלן זוכה בה. ואילו למ"א איננו זוכה בה.

ומבואר, דבין למנ"ח ובין למ"א כשהבעלים לא ידע שנגזלה, ודאי שהגזלן לא יזכה בה. וצ"ע, דאם כן למה אבידה שאין בה שווה פרוטה מותרת למוצאה גם כאשר המאבד איננו יודע מהאבידה?

המ"א אכן מחדש מכח קושיה זו, שגם באבידה שאין בה ש"פ מצינו רק שפטור מהשבתה, אך אינה מותרת לו. וכן מראה לשון התוספתא: "המוצא שוה פרוטה חייב להכריז, פחות משווה פרוטה אינו חייב להכריז". וכן מטה לשון הרמב"ם: "אבידה שאין בה שוה פרוטה אינו חייב לטפל בה ולא להחזירה". אלמא, פטור רק מהשבה.

5. ב"ח יו"ד סימן קמ"ו והובא בש"ך שם סק"א.

6. גז"ו יא, ג.

7. חוט המשולש סימן י"ד.

8. ב"מ כז ע"א.

9. הלכות גזילה סימן א'.

אך מה נעשה לרבים מרבתינו וביניהם שער המשפט ושו"ע הרב שכתבו בהדיא דהרי היא למוצאה, ולא חילקו כלל בין היכא דידע בה להיכא דלא ידע בה?

ג.

כתב הרמב"ם: "המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו כיצד הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו 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 שנאמר אשר תאבד פרט למאבד לדעתו"¹⁰. וחלק עליו הטור: "ואין נראה כן, דאבידה מדעת הוי הפקר"¹¹. הכס"מ הקשה על הטור: "לאו מילתא היא, שבשביל שאינו חושש לפקח על נכסיו נאמר שהפקירם?". הב"ח מוסיף להקשות על הטור, דהלא ודאי הרמב"ם לא בדה דרשה זו מליבו, אלא מצאה באחד ממדרשי ההלכה שנעלמו מאיתנו. וממילא מוכח מדרשה זו דאסור לזכות בה, דהרי אם היה מותר לזכות בה לא היה בא הכתוב ללמדנו שאינו חייב להחזירה! ויש ליישב דברי הטור.

ד.

נראה, שעל מנת ליישב את סברת המתירים זכיה באבידת הגוי, ובאבידה שאין בה ש"פ, ובאבידה מדעת, יש לחקור בדין יאוש: האם הוי כשאר פעולות שאדם פועל בממונו, דיש אדם שמוכר חפציו או מפקירם, ויש אדם המתייאש מחפציו. או, דהתורה לא מכירה בבעלותו של האדם לאחר שהתייאש והוי אפקעתא דמלכא.

מבאר רש"י¹², שיאוש הוא כהפקר. ומשמע ממנו, שייאוש הוא פעולת האדם בנכסיו. ודבריו קשים, דהרי אין אדם יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו, ואילו יאוש ודאי מועיל גם כשאיננו ברשותו? ועוד, דהפקר מועיל בקרקע, וייאוש אינו מועיל בקרקע?

לכך ביארו תוס'¹³ שיאוש אינו כהפקר. הנתיבות¹⁴ ביאר דברי התוס', שייאוש הוא כהפקר דר' יוסי, דכמו שלר' יוסי הפקר לא נפיק מרשותיה עד דאתי לרשות זוכה, הכי נמי יאוש לא נפיק מרשותיה עד דאתי לרשות זוכה.

מתוך כך חידש הנתיבות, דהיכא שכלה היאוש לפני דאתי לרשות זוכה, אין צריך המאבד לעשות קניין חדש בכדי לזכות בחפץ, משום שהחפץ לא יצא כלל מרשותו. את דברי הנתיבות ניתן להבין בשני אופנים: הראשון, שאדם איננו מוציא החפץ מרשותו כלל, אלא נותן רשות לכל אדם שיחפוץ ליטלנו, שיבוא ויטול. השני, שכאשר אדם מתייאש, מתחיל תהליך הוצאת החפץ מרשותו, וכשמגיע לרשות זוכה מסתיים התהליך. גם לתפיסת הנתיבות את היאוש, פעולת האדם עומדת במוקד והרי הוא ביאושו כנותן רשות או כמוציא החפץ מרשותו.

10. גז"ר יא, יא.

11. סימן רס"א ד'.

12. ב"מ כא. ד"ה פירות מפורין וד"ה מעות מפורות.

13. ב"ק סו. ד"ה כיון דבאיסורא.

14. סימן רס"ב סק"ג.

החזון איש תופס את היאוש באופן שונה בתכלית, ונביא מקצת דבריו: "הפקר הוא עושה מרצונו הטוב והוא אחד העניינים שהתורה השליטה את הבעלים על ממונו, וכמו שיכול למכור וליתן ולהקדיש - יכול להפקיר. אבל יאוש, הוא הפקעה בעל כרחו נגד רצונו, וכעין שטפה נהר, אלא דהתם אפילו לא ידעו הבעלים. אבל בגנוב או גזול שאין איבוד מוחלט וצפויה לו הצלה בעיני שידע ויתאש, ואז פקע כוחו בעל כרחו, וכן באברה"15. מבואר בחזו"א, שיאוש מהני להתיר המציאה למוצאה, לא בגלל פעולת האדם גרידא, כמכר והפקר, אלא התורה הפקיעה בעלות לאחר יאוש.

ויש להבין, הפקעה זו מהי היא עושה, ומהי סברת החולקים. נראה, שכדי להבין זאת יש להתבונן על בעלות האדם, ולחקור האם היא סוג של הוראת שעה הנדרשת לישוכו של עולם [ועיין לקמן בהרחבה] או דין גמור. נראה, שחקירה זו תלויה באחת השאלות ההגותיות היותר עמוקות, והיא שאלת היחס בין הקב"ה לעולם. מקובל לומר שישנן שתי תפיסות מרכזיות במהות היחס בין הקב"ה לעולם. הראשונה, הפשוטה יותר המונותאיסטית, שלפיה הקב"ה ברא את העולם, ולעולם קיום ממשי המנותק מן הא-לוקות. אין תפיסה זו חולקת על דברי הרמב"ם במדע א,ב: "ואם יעלה על הדעת שהוא אינו מצוי אין דבר אחר יכול להמציאות", אלא טענתה היא שהחפצא של העולם איננו א-לוקות. ובלשונו של הרב קוק: "הציוור של ההויה הא-לוקית מחוץ להויה של העולם"16. השניה, היא התפיסה הפנימית יותר, שאותה מנסח הרב הנזיר כך: "הכל בא-לוקות, שעיקרה החיות העולמית הא-לוקית, שהוא ברוך הוא מחיה הכל, כשהוא נבדל ולמעלה מהכל"17. ובחז"ל: "הוא מקומו של עולם, ואין העולם מקומו"18. ובזהר: "לית אתר פנוי מיניה. איהו סובב על כל עולמין, איהו ממלא כל עלמין. איהו מחיה להון. דרא הוא דכתיב, ואתה מחיה את כולן"19. וביתר עז בתנאי: "כל נברא ויש הוא באמת נחשב לאין ואפס ממש לגבי הכח הפועל, ורוח פיו שבנפעל המהווה אותו תמיד ומוציאתו מאין ממש ליש. ומה שכל נברא ונפעל נראה לנו ליש בממשות, זהו מחמת שאין אנו משיגים ורואים בעיני בשר את כח ה' ורוח פיו שבנברא. אבל אילו נתנה רשות לעין לראות ולהשיג את החיות ורוחניות שבכל נברא השופע בו ממוצא פי ה' ורוח פיו, לא היה גשמיות ההנברא וחומר נראה כלל לעינינו. כי הוא בטל במציאות ממש לגבי החיות והרוחניות שבו. מאחר שבלעדי הרוחניות היה אין ואפס ממש. כמו קודם ששת ימי בראשית ממש. והרוחניות השופע עליו ממוצא פי ה' ורוח פיו הוא לבדו המוציא תמיד מאפס ואין ליש ומהווה אותו. אם כן אפס בלעדו באמת"20. לאור הסתכלות זו לעולם אין כלל קיום עצמאי, ובלשונו של הבעש"ט: "העולם כולו הוא אחיזת עינים"21, וכמשל המפורסם המובא בספר כתר שם טוב: "היה מלך אחר חכם גדול, ועשה באחיזת עינים חומות ומגדלים ושערים, וציוה שילכו אצלו דרך השערים והמגדלים, וציוה לפזר בכל שער ושער אוצרות המלך. ויש שהלך עד שער אחד, ולקח ממון וחזר ויש וכו', עד שבנו יחידו התאמץ שילך דוקא אל אביו המלך. אז ראה שאין שום מחיצה ומפסיק בינו לבין אביו, כי הכל היה אחיזת עינים"22. תפיסה זו איננה רק תפיסה תיאורית של העולם, אלא קשורה בקשר עז לשאלת תכליתו. בריאת העולם מוסברת בחסידות כרצון מידת המלכות שבא-לוקות למלוך. כיון

15. סימן יח' סק"א.

16. קובץ א' שצג.

17. קול הנבואה דף קכג'.

18. בראשית רבה פ' ויצא פס"ח.

19. זוהר ח"ג, רע"א מהימנא, פנחס רבה.

20. שער היחוד והאמונה פרק ג'.

21. כמובא בתולדות יעקב יוסף פ' ויקהל.

22. כתר שם-טוב דף ו'.

שאינ מלך ללא עם, וכיון ש"על בנו עצמו ובשרו המלך אינו מלך, ואפילו יהא מספר בניו כמספר בני חיל רבים, ותוקף מלכותו ותהילתו נודעים דוקא בחבליה הרחוקים של ממלכתו, בקרב העבדים המתפרצים, שעל אף היותם יושבי קצוות הם נכנעים מאימת שמו ומזדרזים לקיים דברו. ואם שם מתקיים דברו ונשמעת מצוותו, כי אז המלך הוא מלך ומוראו מורא מלכות". לכן, כביכול צמצם עצמו הקב"ה, ונתן לישויות אחרות כביכול לראות עצמן כאילו הן קיימות מחוצה לו. אך זהו דבר צורך היפוכו. כלומר היש לא נברא אלא כדי לבטל עצמו, כך שתשוב ותתגלה מידת המלכות מתוכו. ובלשונו של בעל התניא "תכלית בריאת העולמות מאין ליש הוא כדי שיהא יש, ויהא היש בטל, והיינו במידת מלכותו יתברך"²³. ובמקום אחר: "עיקר העבודה זרה שמחשיב את עצמו ליש"²⁴. ומהו אותו ביטול להיות כלי: "שבטל וטפל לגבי היין שבתוכו"²⁵.

לאור שתי התפיסות שהצגנו, בקשר ליחס האלוקות לעולם, וממילא בשאלת קיומו העצמאי של העולם, ניתן להתבונן על שאלת הבעלות. נראה, שהתפיסה הראשונה לא תראה שום קושי בכך שאדם מוגדר כיש, וכישות שלה הארץ. אמנם לא כישות בועטת ומורדת, אך ודאי כישות קיימת. אך, כשמתבוננים על שאלת הבעלות לאור התפיסה השנייה, הפנימית, הדברים קשים יותר. נראה שקיימת סתירה פנימית בין ראיית האדם כאובייקט שניתנה לו הבחירה והיכולת להרגיש עצמו כישות על מנת שיוכל לבטל לגמרי תחושה זו מתוך בחירה, לראיתו כישות שלה נכסים. שאם כל תפקידו לבטל עצמו לקונו, כיצד יאדיר עצמו ברכוש ונכסים? לכן נראה לומר שלתפיסה זו הבעלות נתפסת כהוראת שעה. כלומר, מתוך הצורך בשימוש בנכסים לישובו של עולם, הוצרכנו להתיר לאדם להיות בעלים, למרות תחושת הישות הנלווית לכך. שהלא לו היינו מתירים לכל החפץ ליטול לבוא וליטול, שוב אין אדם חורש שדהו, ולא מעבד כרמו.

ה.

מתוך כל זה נחזור לדון על היאוש. ראינו שיש מחלוקת האם היאוש הוא פעולה קניינית (רש"י, נתיבות) או שהתורה לא מתירה בעלות לאחר יאוש, אפקעתא דמלכא (חזו"א). אפשר, ששאלה זו תלויה ביחס לבעלות, שלפי ההשקפה הרואה בבעלות מעין הוראת שעה הנדרשת כדי שיוכל אדם להשתמש בנכסיו, במציאות שבה בלאו הכי לא יוכל להשתמש בנכסיו, תו אין להתיר בעלות. ולכן במציאות של זוטו של ים כאשר החפץ מנותק לגמרי ממנו, האבדה מותרת למוצא, שכיון שהבעלים לא יוכל יותר להשתמש בה, הופקעה ממנו בעלותו. באבידה המצוייה אצל כל אדם, כיון שהחפץ לא מנותק לגמרי מן האדם, שהרי לו יראנו אדם מישראל יתחייב בהשבתו, והמאבד הרי ידרשנו, כדכתיב "עד דרוש אחיך אותו", האפשרות שיוכל האדם לשוב ולהשתמש בחפץ שרירה וקיימת. ולכן כל עוד שמאבד לא התייאש, הרי הוא עדיין בעלים. אך לאחר ייאוש, כיון שגם אם נחייב המוצא בהשבה, לא ידרוש ויחפש המאבד את המוצא ולא יוצר ביניהם הקשר המאפשר השבת האבדה, ממילא אבד הסיכוי שישוב וישתמש בחפץ, ולכן פקעה בעלותו. משום שכפי שביארנו לא הותרה בעלות אלא כדי שישתמש בחפץ.

אולם, כל זה מובן רק לפי האסכולה הפנימית, הסבורה שתכלית היש היא ביטולו. אך לפי האסכולה הרואה בעולם המוחשי דבר בר קיימא, שאין עניין לבטלו, ודאי שבעלות האדם על נכסיו היא דבר

23. ליקוטי דברים סז' ע"א ד"ה: והנה תכלית המכוון.

24. ליקוטי ויקרא כח' ע"א ד"ה: והנה מבחינת לבושיה.

25. שפת אמת במדבר מג' ע"ב.

פשוט, ואיננה קשורה כלל ליכולת שימושו בחפץ. לשיטה זו נהייה מוכרחים לפרש, שהסיבה שאבידה מותרת למוצאה לאחר יאוש היא, שאדם כבעלים הפקיר ממנו, או נתן רשות לאחרים לזכות בממונו, כשיטת הנתיבות בתוס' ובפשטות לשון רש"י²⁶.

1.

אם נאמר ברש"י כפי שרצו לבאר חלק מרבתינו, שמה שאמר שיאוש כהפקר לא התכוון להפקר ממש, אלא שהתוצאה היא כתוצאת ההפקר, ונאמר שסבר כשיטת החזו"א שייאוש הוא אפקעתא דמלכא, יצא לנו ביאור נפלא ברש"י תמוה. רש"י כותב²⁷ שמקור דין יאוש הוא מהפסוק "אשר תאבד ממנו ומצאת במי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, יצאה אבדה שאבודה ממנו ומכל אדם, שמותרת למוצאה". והרואה ישתומם, הלא זהו המקור לדין זוטו של ים שבו לא בעינן יאוש כלל! אך לפי דרכו של החזו"א הדברים מאירים, דכיון שאין הבדל מהותי בין זוטו של ים לאבידה שבעינן בה יאוש בעלים, ובשניהם המתיר הוא אי יכולת השימוש של הבעלים בחפץ, בזוטו של ים מצד עצם המציאות, וביאוש בעלים מצד אי דרישת החפץ ע"י המאבד²⁸ ניתן לומר שמקור ייאוש הוא זו"שי. ובביאור זה, אולי העלנו ארוכה לדברי הירושלמי האומר כרש"י שמקור ייאוש הוא זושי, בפרקנו הל' א' ותמהו בו רבים.

3.

נשוב מתוך כך לשאלות שפתחנו בהן. שאלנו איך ניתן ללמוד שמותר לזכות באבידת גוי ואבידה שאין בה ש"פ מכך שאין חיוב להשיבן, ומהי סברת החולקים הסוברים שאסורות למוצאן, ורק אינו חייב להשיבן?

כן ראינו את שאלות הכ"מ והב"ח על הטור הסבור שאבידה מדעת הרי היא כהפקר, דמנין שהוא הפקירם, הרי רק אינו שומר על נכסיו. ועוד דמכך שהוצרך הכתוב ללמדנו שפטור באבידה מדעת מהשבה, מוכח שלא הפקירה?

לעיל ביארנו שלתפיסה הפנימית הבעלות תקפה רק כאשר האדם יוכל להשתמש בחפץ, והסיבה שבאבידה המצויה אצל כל אדם אין החפץ מנותק מהאדם, ושרבים הסיכויים שיוכל לשוב ולשמשו,

26. האירני הרב יונגסטר לכך, שניתן לבאר המח' באופן אחר. לביאורו יסוד שיטת החזו"א שהיתר אבידה למוצאה נובע מניתוק החפץ מהאדם, הוא אי הליגיטימציה של בעלות מעין זו. אך ניתן לבאר את זאת כאיבוד תוכן הבעלות. דהנה, ידועה החקירה האם בעלות היא זכויות השימוש שיש לאדם בחפץ, או קשר מטאפיזי שבין האדם לחפץ, שמשמעותו ראיית נכסיו של האדם כהרחבת קיומו. אם נאמר, שבעלות היא זכות השימוש, ניתן יהיה להבין מדוע באובדן יכולת השימוש פקעה הבעלות, וזוהי שיטת החזו"א, שלא היא יאוש הוא המתיר. אך אם נאמר שבעלות היא אותו קשר מטאפיזי שבין האדם לחפץ שלא מתמצה בזכות השימוש, לא נוכל להבין איך באובדן הסיכוי שיש שוב וישתמש תפקע הבעלות. ולכן להתבוננות זו צריך לומר שהיאוש ולא אי יכולת השימוש הוא המתיר את האבידה למוצאה. ניתן לומר ששורש מחלוקתם הוא, האם קיימות בעולם ישויות מופשטות, כגון חלות שם בעלות, וכמחלוקת הידועה בין חכמי יוון העתיקה סביב שאלת קיומו של עולם האידאות. הרב מיכאל אברהם קושר שאלה זו לשאלת יסוד חיוב נזקי ממון. ידידועה חקירת האחרונים האם אדם חייב על נזקי ממונו, והשמירה היא הפוטרת, או שאי השמירה היא המחייבת. דלצד שהחיוב נובע מעצם היות ממוני מוזיק, הבעלות נתפסת כהרחבת האדם, ולכן האדם חייב על נזקי ממונו. אך להסתכלות על הבעלות כזכות שימוש אי אפשר לומר כך, ולכן צריך לומר שהחיוב נובע מאי השמירה. וע' פנים לתורה.

27. ב"ק סז ע"א

28. ואם לחשך אדם לומר קראי הוא זה, הלא מקרא שלם הוא "ועד מתי חייב להכריז?" אלמא דלא בעינן כלל לדרישתו, אף אתה אמור לו, לא מקרא הוא זה. ואולי חיוב הכרזה הוא מדרבנן, ואף אם מהתורה הוא, עדיין ללא שישמע וילך לאבן הטוען לא ישוב אליו החפץ ולא יוכל להשתמש בו.

היא כפולה: היות המוצא מחוייב להשיבו, והיות המאבד דורשו. ממילא ניתן להבין שכאשר המוצא לא יהיה מחוייב להשיב, גם אם המאבד עדיין לא התיימש האבידה מותרת למוצאה, דהוי כזוטו של ים - מצב של אי יכולת שימוש גם ללא יאוש (וכן ביארו בעל החזון יחזקאל והגרנ"ט, שאם אין חיוב השבה האבדה מותרת למוצאה. אלא שהלכו בכיוון אחר²⁹). ולכן, אבדה שאין בה ש"פ ואבידה מדעת, שהתמעטו מחיוב השבה, הותרו למוצאם. לפי הבנה זו בטור, יישב הגרנ"ט את קושיות הכס"מ והב"ח. דאכן הטור לא מסיק מכך שלא שומרים שהפקירם, אלא מקורו הוא מקור הרמב"ם "אשר תאבד - פרט למאבדה מדעתו", וממילא מתוך כך שהמוצא לא מחוייב להשיב, האבדה מותרת למוצאה, וכזוטו של ים, וכפי שבארנו, ואזדא לה קושיית הב"ח. ודו"ק.

כל זה ניתן להאמר רק לתפיסה הקושרת בין בעלות לשימוש, אך לתפיסה הרואה את הבעלות באור פשוט ואת הייאוש כמעשה קנייני רגיל, ודאי כל זמן שהאדם לא התיימש, אף אם אין חיוב השבה, האבדה אסורה למוצאה, ונראה שזו היא שיטת הרמב"ם. ולכן פסק הרמב"ם באבידה מדעת שלמוצא אסור לזכות, ובאבידה שאין בה ש"פ פסק ד"אינו חייב ליטפל בה, ולא להחזירה", ומשמע בפשטות כמחנה אפרים, דרק אינו חייב להשיבה. ואם תשאלני, איך אמר הנשר הגדול גבי אבידת גוי "אבידת הגוי מותרת", ואמר לך שכבר ביאר הב"ח שאבידתו אסורה. אך אל תרף ממני, שהלא כבר ביארנו שאין זו פשטות לשון הרמב"ם. ולכן אין לנו אלא לאחוז בשיפולי גלימתו של הגר"ח מוולז'ין, ולומר ששאני אבידת גוי שבה אין איסור "לא תגזול", אלא איסור גזל דרך דיכוי ורודנות, וזה אינו ככובש אבידת הגוי תחת ידו.

ה.

לפי זה, ניתן אולי לבאר את שיטת הרמב"ם בהלכה עמומה נוספת, בזוטו של ים.

כותב הרמב"ם:

"המוצא אבידה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר שאינו פוסק, אע"פ שיש בו סימן הרי זו של מוצאה, שנאמר אשר תאבד ממנו ומצאת, מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם, שזה ודאי נתיימש ממנה"³⁰.

משמע מלשונו הזהב, שבעיני יאוש בפועל גם בזוש"י, שהרי כתב נתיימש. והתורה חידשה לנו, שלמרות שבחפץ שיש בו סימן, אנו מניחים בד"כ שהבעלים התיימש רק כשאומר "וי לי לחסרון כיס", בזוש"י כיון שידע שאבד לו אמרין שהתיימש, וכאבידה שאין בה סימן.

ומה שכתב בפרק ו, א-ב:

"קורות ואבנים ועצים וכיוצא בהן ששטפם הנהר אם נתיימשו הבעלים מהן הרי אלו מותרין והן של מצילן ואם אינו יודע אם נתיימשו אם לא נתיימשו חייב להחזיר ואין צריך לומר אם

29. קשר זה בין אי-חיוב השבה להיתר זכיה, מוסבר על ידי הני רבנן בתראי בכיון אחר לגמרי. והוא, שללא החידוש של "השב תשיבם" היה מותר לגזול החפץ, כיון שאיננו ברשותו של האדם. ובא האיסור של "השב תשיבם" וחידוש שיש גם "לא תגזול". וממילא, כשאין חיוב של "השב תשיבם", לא חל האיסור של "לא תגזול". בחזון יחזקאל בביאורו לפרק שני הלכה ה' בעמ' 34. ובחידושי הגרנ"ט בסימן קנב' עמ' 383, ועיין שם.

30. גד"ו יא, י

היו הבעלים מרדפינ אחריהם: לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר ומן העכורים ומן הדליקה ומן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס אם ידע בודאי שנתייאשו הבעלים הרי אלו שלו ואם לא ידע יחזיר".

שמשמע שלא רק שבעינן שייתיאשו בפועל, אלא הוי כאבידה שיש בה סימן, שבעינן שיאמר "וי לי לחסרון כיס" יש לדחוק ולומר, שבקורות ששטפן נהר מדובר כפי שביארו תוס' ורוב הראשונים ביכול להצילן ע"י הדחק, ולכן בעינן שנדע שהתייאשו הבעלים כאבידה שיש בה סימן. וכן בכל מה שביאר הר"מ בהלכה ב', וכדרכו של הלח"מ ברמב"ם³¹.

אלא, שדברי הרמב"ם קשים מאוד, שהלא מבואר בפרקנו כא ע"ב בפלוגתת יאוש שלא מדעת, שבזוטו של ים כו"ע לא פליגי דאע"ג דאית בה סימן, "רחמנא שרייא". ומשמע שאביי מודה לרבא, שבהא יאוש שלא מדעת הוי יאוש! אך המתבונן יראה שאין כאן קושיה, דכבר ביאר הל"מ דדחה הרמב"ם גמרא זו מפני פשטות הברייתא בדף כד ע"א: "הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשים מהם". ומפני פשטות הירושלמי, שזוטו של ים הוא מקור דין יאוש.

ויש לעיין שורש פלוגתת הרמב"ם ושאר הראשונים - התוס', הראב"ד, הרא"ש, הטור והמגיד - הסבורים שלא בעינן יאוש בפועל בזוש"י. והנראה בזה, דודאי דמי שיתפוס כתפיסה הפנימית דלעיל, לא יצריך יאוש, שהחפץ מנותק ועומד אף ללא היאוש. וגם מי שיתפוס כתפיסה השניה, יוכל לומר דשאני זוש"י דהוי חידוש, וכפשט הגמ' "רחמנא שרייא", וזהו יוצא מן הכלל שאינו מעיד על הכלל.

אך הרמב"ם, נאמן לשיטתו המנתקת בין הבעלות בחפץ לשימושיו, ורואה ביאוש מעשה קניני לכל דבר, יוכל לומר דכל זמן שהאדם לא התייאש, החפץ בבעלותו. ואף שלא יוכל להשתמש בו לעולם. דמי אנסו לומר שבזוש"י יש חידוש מיוחד של התורה, כאשר ביכולתו לפסוק כפשט הברייתא וכירושלמי? ודו"ק.

נמצאנו למדים, ששורש המחלוקת גבי אבדה מדעת, אבדה שאין בה ש"פ, וזוטו של ים - אחד הוא.

ט.

מתוך מה שביארנו, ננסה להתבונן מעט על סוגיית "באיסורא אתא לידיה". מבואר בגמ' בדף כא ע"ב, שכאשר החפץ מגיע ליד המוצא לפני יאוש, אע"ג דשמעינא דאיאש לבסוף לא מהני, דבאיסורא אתא לידיה. ויש לחקור בדין זה. האם הפירוש הוא, שהיאוש לא חל כיון שהגיע לידי המוצא לפני יאוש, ולכן המוצא חייב להשיב אף אחר הייאוש. או שבאמת היאוש חל, אלא שיש חיוב גברא על המוצא להשיב החפץ, כיון שמצא לפני יאוש.

ונראה, שדבר זה שנוי במח' תוס' ורמב"ן. יסוד הדברים הוא במימרות דרבא בדף כו ע"ב. דאמר רבא התם: "נטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה, ולאחר ייאוש נתכוון לגזולה, עובר משום השב תשיבם". ונתקשו רבותינו, אמאי לא עובר גם משום לא תגזול? רש"י ביאר ש"לא תגזול" לא שייך אלא בשעת נטילה, והכא הרי נטל על מנת להשיב, ורק אחרי שכבר נטל נתכוון לגזול. התוס'³² ביארו, "דהכא כבר נתייאשו הבעלים", ולכן לא עובר משום לא תגזול. ודבריהם תמוהים, הרי כיון שהתורה אמרה "השב

31. ואע"פ שדחוקה, עדיפה היא מדרכו של הכס"מ, הכותב שגם הרמב"ם מודה שזוטו של ים לא בעינן יאוש בפועל. שהלא כתב רבינו "שזה ודאי נתייאש ממנה" ונתייאש משמע לשון עבר.

32. בד"ה אינו עובר.

תשיבים" א"כ שייך החפץ לבעליו, ואמאי אינו עובר משום בל תגזול? ויש לומר, שהתוס' סוברים, שכיון שנתייאש כבר פקעה בעלותו, והחפץ אינו שייך לו, ורק גזירת הכתוב היא שחייב המוצא להחזיר אף לאחר היאוש. - דהוי חיובא על הגברא להשיב החפץ.

וכן נראה מהתוס' בב"ק סו ע"א דהתם התלבט רבה האם ייאוש כדי קני בגזילה כמו באבידה, או דילמא לא דמי לאבידה, דבאבידה הוא דבהיתרא אתא לידיה, אך בגזילה שלא באה לידו בהיתר - לא יוכל לזכות בה. והקשו שם תוס'³³, היכי סלקא דעתך למימר שבגזילה יועיל יאוש וייתחייב דמים וזוכה בגוף החפץ כמו שמהני באבידה, הלא באבידה גופא לא מהני היכא שבאיסורא אתא לידיה! ותרצו, דהא דלא מהני באבידה, זה רק לענין שלא ייפטר לגמרי, וחייב לשלם דמים אך אין חייב להשיב את גוף החפץ. ולכן רצה רבה ללמוד גזילה מאבידה וזה כשיטתם, דגם היכא שבאיסורא אתא לידיה, היאוש חל, ורק המוצא חייב להשיב. וממילא יכול להשיב אף דמים, ולא דוקא גוף החפץ.

המימרא הראשונה של רבא בסוגיה היא, "ראה סלע שנפלה. נטלה לפני יאוש על מנת לגזולה עובר בכולן משום לא תגזול, ומשום לא תוכל להתעלם, ומשום השב תשיבם. ואע"ג דאיהדרה לבתר יאוש, מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה, ואיסורא דעבד עבר".

והתקשו רבותינו, הלא באיסורא אתא לידיה, ומחוייב הוא להשיב, וכיון שמחוייב הוא להשיב, מדוע לא תיקן האיסורים?

התוס' שם³⁴ ביארו שלא קאי אלא על לאו דלא תוכל להתעלם, שהוא חל על שעת ראייה, ואותו לא יוכל לתקן. אך מחוייב להשיב, וכאשר ישיב יתקן את השב תשיבם ואת לא תגזול.

וקשה, דהרי כך ביארו את המילים "ואיסורא דעבר עבד", אך מה מזור העלו "מתנה בעלמא" כיון שמחוייב להשיב?

ניתן לבאר, שהולכים בזה לשיטתם, דדין באיסורא אתא לידיה הוא חיוב על הגברא, ויכול המוצא להשיב דמים, ולכן כאשר בחר המוצא להשיב גוף החפץ, מקרי שנתן מתנה, שהרי יכול היה להיפטר בדמים.

הרמב"ן³⁵ ביאר דנוטל סלע ע"מ לגזול ולאחר ייאוש נתייאשו הבעלים קני לגמרי. דלא דמי לגזילה דלא קני, דאבידה היא זו, ולא דמי לנוטל ע"מ להשיב, דבנוטל על מנת להשיב אי אפשר לקנותה בייאוש "מפני שידו כיד הבעלים, ושומר שכר שלהם הוא, הילכך לעולם אינה נקנית ביאוש, הואיל וישנה ברשות הבעלים". מבואר אם כך בדברי הרמב"ן שישנם שלושה מצבים: א. גזילה - לא מהני היאוש כיון שבאיסורא אתא לידיה. ב. נוטל אבידה ע"מ להשיב - לא מהני יאוש הואיל ושומר הבעלים הוא. ג. נוטל אבידה ע"מ לגזול - מהני היאוש, ובהא הוא דקאמר רב האי גאון דמתנה הוא דקא יהיב ליה ואיסורא דעבד עבד, שכיון שקנה לגמרי ולא מחוייב עוד להשיב לא יוכל לתקן עוד האיסורים.

ויש לעיין בדברי הרמב"ן אמאי לא מהני היאוש בנוטל ע"מ להשיב. הקצות³⁶ מבאר שבאמת היאוש חל, אלא שהמוצא הוי כרשות הבעלים, כיון ששומר שלהם הוא, ולכן שב וזוכה להם בתורת קניין חצר. ומוסיף הקצות, שאי אפשר לומר שהסיבה שהיאוש לא חל היא שרשות המוצא כרשות

33. בד"ה ה"נ כיון דמייאש.

34. בד"ה מתנה בעלמא.

35. במלחמות דף יד: בדפי הרי"ף.

36. בסימן רנט' סק"א.

בעלים, ויאוש ברשותו לא מהני. שהרי מבואר במס' מקומות שיאוש ברשותו מהני, לדוגמא, המוצא מעות בבתי כנסיות הרי הן שלו, למרות שביה"כ הוא חצר השותפין.

הנתיבות³⁷ חולק על הקצות, ומבאר ברמב"ן, שהיאוש לא מהני כיון שרשותו של מוצא כרשות בעלים, ויאוש ברשותו לא מהני. וראיות הקצות אינן ראיות, דהתם קמירי ברשותו שאינה משתמרת, שמועיל בה יאוש לכו"ע.

וצריך לעיין, מה הופך את המוצא להיות כרשות הבעלים. המחנה אפרים³⁸ כותב, שדווקא היותו שומר שכר היא שהופכת להיות פועל של הבעלים, שידו כידם. אך אילו היה שומר חנם, שאינו מוגדר כפועל לא הוי כרשות הבעלים, ומהני יאוש. הפרי יצחק³⁹ תמה עליו דהלא אביי סבירא ליה ששומר אבידה הוא שומר חנם, ואפילו הכי סבירא ליה דלא מהני יאוש היכא דבאיסורא אתא לידיה! לכן ביאר, שאפילו שומר חנם מוגדר כרשות הבעלים ולא תליא בהגדרתו כפועל.

מ"מ כתב הבית יצחק⁴⁰, דכיון דעיקר הטעם שאין היאוש חל הוא שהמוצא נעשה שומר של הבעלים, אזי במוצא שטרות שאין בהם דין שמירה, משום שאין גופם ממון, ונתמעטו מפרשת השומרים, אע"פ שהגיע לרשותו לפני יאוש מהני היאוש. הפתחי חושן⁴¹ הסתפק בזה, שאולי לא התכון הרמב"ן שצריך דיני שומרים, אלא כיון שנתחייב בהשבה, הרי עליו מוטל להמציאו ליד הבעלים, ובזה נעשה כיד הבעלים! ונותר בצ"ע.

הנקודה היותר פנימית בדברי הרמב"ן היא חידושו שלמרות שבגזילה לא מהני יאוש, בגזילת אבידה מהני יאוש. והדברים תמוהים מאוד, דמאי שנא גזילת אבידה משאר גזילות? ! הלבוש מרדכי⁴² ביאר ע"פ יסוד הקצות "דהגונב מן הגנב פטור מכפל", לאו דוקא מכפל אלא אפילו מכל מילי. והטעם דגזל שלא מרשות הבעלים, ובגזילה כזו קיים רק המימד האיסורי, שעובר על לא תגזול, אך לא המימד הממוני - חיוב ההשבה. ואם כן כאן שגזל אבידה, שאיננה ברשות הבעלים, לא התחייב בהשבה, וממילא מהני היאוש. דהא דלא מהני בגזילה היאוש, הוא משום שנתחייב בהשבה.

רבים מן האחרונים⁴³ ביארו, דהא דלא מהני היאוש בגזילה הוא משום שהתורה חידשה שלא מהני היאוש היכא שהגזולן גורם היאוש. אך בגזילת אבידה דלאו הגזולן גורם היאוש, דבלאו הכי היה מתייאש, מהני היאוש.

ויפים דבריהם אף נעימים. אך אני אבקש ללכת בדרכו של הגרנ"ט⁴⁴. לדבריו, חיוב ההשבה הוא הגורם לכך שלא מהני יאוש בגזלה, וממילא תמה מאי שנא חיוב השבה דאבידה, מחיוב השבה דגזילה? ותירץ, דלא דמי חיוב השבה דגזילה הנובע ממעשה הלקיחה, ולכן אינו פוקע ביאוש דהרי לא השיב לחיוב השבה דאבידה. דבאבידה אי אפשר לחייבו בשעת המציאה שבמה ייעשה עליו חיוב. הא לא מידי גזל מינה, ורק מחשבתו לא היתה מתוקנת, אלא שהחיוב באבידה נוצר מעצם מציאות חפץ

37. סימן רנט' סק"א.

38. קנין חצר סי' ח'.

39. ח"ב סימן ס"ה אות ד'.

40. אהע"ז ח"א סי' ס"ה אות כה'.

41. דיני אבידה פרק ב' ס"ק יא'.

42. ב"ק סימן מ"ו.

43. וביניהם ר' מאיר שמחה בחידושי דף כו'.

44. סטנסיל דף כא' בסוגיית יאוש שלא מדעת עמ' מח-מט.

חברך ברשותך, וממילא כשמתייגש פקעה בעלותו ויותר לא חייב המוצא להשיבנה, דהרי לא התחייב בגלל מעשה הלקיחה אלא בגלל עצם מציאות חפץ חברו ברשותו.

בכך זורע הוא אור על חילוק הרמב"ן בין אבידה לגזילה, אך עדיין אינו מעלה ארוכה לדין הרמב"ן. שהלא באבידה יש גם מימד של גזילה כמבואר לעיל, שעובר משום "לא תגזול"? מתוך כך מחדש הוא ברמב"ן שאיסור לא תגזול באבידה ניתק לעשה דהשב תשיבם, וממילא בנידון דידן שהתייגשו בעליהם ופקע חיוב ההשבה שיסודו בעצם מציאות החפץ, תו אין איסור גזילה. ולכן, הנוטל סלע על מנת לגזול ונתייגשו הבעלים, אע"ג דאחדריה - מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה.

יא.

לפי כל זה עולה, דמצינו מחלוקת בשתי נקודות בין התוס' לרמב"ן, וננסה לראות הקשר הפנימי שביניהן. הנקודה הראשונה היא, שלתוס' יאוש ברשותו מועיל: הוכחנו זאת לעיל מהא דפסקו שיכול המוצא להשיב דמים, למרות שודאי רשות המוצא כרשות בעלים, ומהא דכתבו דיסוד באיסורא אתא לדידה הוא שנתחייב בהשבה. וכן מהא דכתבו דנוטל ע"מ להשיב ולאחר יאוש נתכוון לגזולה עובר בהשב תשיבם בלבד, ולא בלא תגזול, כיוון שנתייגשו הבעלים. ניתן לראות זאת גם מתוס' שכתבו⁴⁵, דהא דמחציו ולפנים של בעה"ב הוא משום ד"אינו שוכח חפציו ימים רבים", ולכן לא מתייגש שבטוח שימצא. ומשמע שאם היה מתייגש היה מהני⁴⁶. לעומת זאת, הרמב"ן סבור שיאוש ברשותו אינו מועיל.

הנקודה השניה היא, שלתוס' נוטל אבידה ע"מ לגזול גם אחר שנתייגשו הבעלים חייב להשיב, ואין חילוק בין באיסורא אתא לדידה דגזילה, לבין איסורא אתא לדידה דאבידה. ובשניהם היסוד הוא חיוב ההשבה, דגם גזילת אבידה ניתקת לעשה ד"והשיב את הגזילה". ואילו לרמב"ן, בגזילה לא מהני יאוש, אך בגזילת אבידה מהני, דגזילת אבידה ניתקת לעשה דהשב תשיבם, ועשה זה פוקע מחמת יאוש, כמבואר לעיל באריכות.

ונראה דמחלוקתם היא אותה מח' שראינו לעיל, דהרמב"ן תופס כתפיסה הפנימית בבעלות אדם בממונו, ואת היתר אבידה למוצאה כאפקעתא דמלכא הנובעת מאי יכולת שימוש האדם בחפץ, ולכן לא מהני יאוש ברשותו. דכיון דהחפץ ברשותו, סביר שימצאנו וישוב וישתמש בו. ומטעם זה לא הותרה למוצאה. תפיסה זו, מקשרת בין אי חיוב ההשבה להיתר הזכיה, כפי שראינו לעיל ולכן הרמב"ן מתיר בנוטל ע"מ לגזול ונתייגשו הבעלים, וכפי שראינו לעיל בדברי הגרנ"ט. דהסיבה שלא דמי לבא"ל בגזילה היא, שבגזילת אבידה הלאו ד"לא תגזול" ניתק לעשה ד"השב תשיבם", ומשפקע "השב תשיבם", פקע גם לאו ד"לא תגזול", והותרה למוצאה⁴⁷. אך התוס' סוברים כגישה הראשונה, התופסת את הייאוש כמעשה קנייני לכל דבר, ולכן מועיל אף ברשותו. ולא קושרים בין בעלות לשימוש, (וממילא לא מקשרים בין חיוב השבה להיתר זכיה). ולכן סוברים שגם בגזילת אבידה הלאו של לא תגזול ניתק לעשה ד"והשיב את הגזילה", וממילא אין חילוק בין באיסורא אתא לידה בגזילה, לבא"ל באבידה.

45. כו ע"א ד"ה בכותל חדש.

46. הארכתי בדברי, כיון שהנתיבות סבור בתוס' שיאוש ברשותו לא מהני. ודוחק בתוס' דהתם קמירי ברשותו שאינה משתמרת. ועפר אני לרגליו, אך הנראה בעיני כתבתי, וחילי הוא מבעל הנחלת משה.

47. כפי שראינו לעיל, שמטעם זה התירו חלק מהראשונים זכיה באבידה שאין בה ש"פ, באבידה מדעת ובזוטו של ים, שכיון שאין חיוב השבה, שוב אינה עשויה לבוא ליד בעילה. ומשום הכי פקעה בעלותו, דלא הותרה אלא ע"מ שישתמש בחפצו.

יב.

ברצוני להתבונן מתוך דברינו על סוגיה נוספת. בדרך כזו אומר רבא, שהנפק"מ בין מאן דיליף דין שווה פרוטה באבידה מ"ומצאתה" למאן דיליף מ"אשר תאבד" היא, מה הדין במקרה שבו היתה שווה פרוטה בשעת האבידה והמצאה, והזולה בינתיים. שלמאן דיליף מ"ומצאתה" מותרת למוצאה, שבעינן שיהיה בה שיעור מציאה כל שעה ושעה. ולמאן דיליף מ"אשר תאבד" בעינן רק שיהיה בה ש"פ בשעת האבידה והמצאה.

הגרעק"א⁴⁸ הקשה: איך אומר רבא שלמ"ד דילפינן מ"אשר תאבד" חייב בהשבה אע"פ שהזולה בין שעת אבידה למציאה, הלא רבא סובר שיאוש שלא מדעת הוי יאוש, ואם היו הבעלים יודעים שהאבידה הזולה, היו מתייאשים! אם כן למה לא מותרת משום יאוש, ואע"פ שלא ידעו הבעלים שאבדה והזולה, הן לרבא לא בעינן ידיעת בעלים! והותרה בצ"ע.

נראה בפשטות ליישב קושייתו, וכך יישבו רבים מן האחרונים, דכיון שהוקרה לפני שעת מציאה, נחשב שכלה היאוש. ולפי זה אפשר לומר, שזוהי מח' התנאים, מה הדין כאשר היה שלב בו החפץ היה מותר למוצאו וכלה מצב זה לפני שעת מציאה. וצ"ע מה סברה יש שאחר שהחפץ יצא מרשות הבעלים, ישוב לרשותו? וכי מי שב והקנה החפץ לבעלים?

ונראה שאם נתבונן על היאוש כמתיר אבידה למוצאה, תבואר מחלוקתם בפשטות, כמח' הנתיבות ורש"י האם יאוש נפיק מרשותיה מיד, או לא נפיק מרשותיה עד דאתי לרשות זוכה⁴⁹.

אך אני אבקש להעמיק במחלוקתם לאור התפיסה הפנימית. לעיל ביארנו את היתר אבידה למוצאה, כאי היתר לאדם להיות בעלים על חפץ שלא יוכל לשמשו. ויש לדון לפי זה, מה הדין כאשר היתה מציאות שבה נאסרה הבעלות, כנידון דידן- אבידה פחות מש"פ שבה אין סיכוי שהחפץ ישמש האדם בגלל אי חיוב ההשבה, ומציאות זו השתנתה. בנידון דידן התייקרה האבידה כך שעכשיו ניתן לחייב בהשבה, ושוב אין החפץ מנותק מן האדם. האם נאמר, כיון דאשתרי אשתרי, ופקעה בעלותו, ונפלה לא תוסיף קום בעלות האדם. או דילמא, אע"פ שהיתה מותרת, כיון שהתייקרה שבה לרשותו וחייב המוצא בהשבה.

ונראה להקדים על דרך המשל, שכאשר ממלכה נכבשת, בכלות הכיבוש לא תשוב ותפרח אלא אם תשמור על חיות מסוימת כל ימות הכיבוש. אך אם תאבד כל חיותה, ודאי אף בכלות הכיבוש לא תשוב לחיות. לפי משל זה צריך לעיין האם בנידון דידן, כאשר הותרה האבידה למוצאה, ונאסרה בעלות האדם, בטלה לגמרי בעלותו כך שגם כשהאיסור יפקע לא תשוב בעלותו, או שגם בזמן שהיתה מותרת למוצאה שמרה בעלות האדם על חיות מצומצמת, אלא שהיתה כפופה ובטלה לאיסור, כך שבכלות האיסור תשוב בעלותו לקדמותה.

ונראה, ששאלה זו תלויה בקושיה המפורסמת של המוהר"י באסן⁵⁰: למה ספק איסור לחומרא, וספק ממון לקולא, הלא בכל ספק ממון יש גם ספק איסור ד"לא תגזול"! המוהר"י באסן תירץ, שכל ממון הוא קולא לזה וחומרא לזה, ולכן בהגדרה אי אפשר ללכת בו לחומרא, ולא דמי לספק איסור שמעורב

48. חידושי רע"א על אתר.

49. וכפי שהתבאר לעיל אות ד'.

50. הובא בשערי יושר ריש שער ה'.

בו רק צד אחד ולכן ניתן להחמיר. מבואר בתרוצו, שבאופן עקרוני לא שנה איסור "לא תגזול" משאר איסורים. ואם נאמר שמגדיר הבעלות הוא איסור לא תגזול, משמע בדבריו שיסוד הבעלות הוא צו התורה.

ר' שמעון כופר ביסוד קושייתו, ונביא מקצת דבריו:

"כל דיני המשפטים של דיני הממונות בין איש לרעהו אינם כדרך כל מצוות התורה. דבכל המצוות הוא מה שהזהירה לנו התורה, וחייב קיומן עלינו הוא העיקר לקיים מצוות ה'. ובדיני ממונות אינו כן, דקודם שחלה עלינו מצוות ה' לשלם או להשיב, צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי... ועוד כלל עיקרי בזה, דהיכא שאנו דנים על איזה זכות או קנין של אדם באיזה או שיעבוד ממון אין אנו דנים כלל על עניין שמירת איזו מצווה, אלא עניין מציאות, למי קנוי הדבר. ולפי זה מה דאמרו חז"ל כללי הלכות בספקו של ממון, ודאי שמצאו כן ע"פ הכרעת השכל שעל פי תורת המשפטים... והנה הלאו של איסור גזל הוא שלא יגזול איש מחברו דבר שעל פי תורת המשפטים הוא של חברו"⁵¹.

מבואר בדבריו, שהסיבה שספק ממון לקולא היא, שאיסור לא תגזול הוא, שלא להוציא מרשות מי משפט השכל מורה שהממון שלו, ולכן בספק ממון, כיון שמשפט השכל מורה להעמיד הממון בחזקתו מספק, היאך ניתן לומר שמחמת ספק איסור גזל יוצא הממון מחזקתו ויפעל שלא לפי משפט השכל.

במצוי הדבר עולה, שנחלקו ר' שמעון ומוהר"י באסן מהו יסוד הבעלות: משפט השכל או משפט התורה. וממילא מה חידשה תורה, שלר' שמעון חידשה התורה שאסור לגזול ולהוציא ממון מבעלותו של אדם, ולמוהר"י באסן חידשה את עצם הבעלות.

מתוך כך, נחזור לדון בשאלתנו, האם כאשר הבעלות נאסרה שמרה היא על קיומה, או פקעה לגמרי. ופשוט, שזה תלוי במח' ר' שמעון ומוהר"י באסן. דאי נימא שיסוד הבעלות הוא משפט התורה, ודאי שכאשר התורה אסרה בעלות לא שייך לומר שנותרה בעלות כפופה ובטלה, שהרי מקור הבעלות הוא התורה, וכאן הרי חידשה שאין בעלות. ומי איכא דיכוטומיה קמי שמיא? אך אי נימא שיסוד הבעלות הוא משפט השכל, וחידוש התורה הוא שאסור לגזול ולקפח בעלותו, ודאי שניתן להבין שלמרות שהיה שלב שבו התורה חידשה שמותר לקפח בעלותו, כיון ששלב זה פקע, חוזר האיסור לגזול, כיון שבעלותו מעולם לא פקעה. שהרי איננה נובעת מהתורה.

ולפי זה, מאן דיליף מ"אשר תאבד" ומחייב השבה בהזלה פרוטה בין שעת אבידה למציאה סובר כר' שמעון, ומאן דאמר "ומצאתה" סובר כמוהר"י באסן. וקב"ה חדי בפלפולא דאורייתא.

⁵¹. ש.ס.