# יאוש

תוכן

[יאוש 1](#_Toc1012544)

[ניתוח פרשיות התורה – העדר המציאה 1](#_Toc1012545)

[ניתוח המשנה – מציאה והעדר היאוש מן המשנה 1](#_Toc1012546)

[היאוש בתוספתא 1](#_Toc1012547)

[מקור דין יאוש 1](#_Toc1012548)

[שיטת ר' יוחנן בירושלמי 1](#_Toc1012549)

[שיטת תוס' במקור הדין 2](#_Toc1012550)

[ההבדל בגדר היאוש בין מקור הירושלמי למקור התוס' 3](#_Toc1012551)

[שיטת רש"י בגדר יאוש 4](#_Toc1012552)

[מחלוקת רש"י ותוס' 5](#_Toc1012553)

[האם ישנה תלות בין סמנים דאורייאת לסימנים דרבנן ביחס לדין יאוש. 6](#_Toc1012554)

[שיטת ר"ת 6](#_Toc1012555)

[שיטת היראים 6](#_Toc1012556)

[שיטת הרמב"ם 7](#_Toc1012557)

[פיתרון הנחלת דוד 10](#_Toc1012558)

[שיטת אבן האזל 11](#_Toc1012559)

## ניתוח פרשיות התורה – העדר המציאה

בפרשיות התורה ישנה רק אבידה:

## ניתוח המשנה – מציאה והעדר היאוש מן המשנה

## היאוש בתוספתא

## מקור דין יאוש

מצינו שני מקורות לדין יאוש:

### שיטת ר' יוחנן בירושלמי

#### מתני' אילו מציאות שלו ואילו שחיי' להכריז אילו מציאות שלו מצא פירות מפוזרין מעות מפוזרות כריכות ברשות הרבים ועיגולי דבילה וככרות של נחתום מחרוזות של דגים וחתיכות של בשר וגיזי צמר הבאות ממדינתן ואניצי פשתן ולשונות של ארגמן הרי אילו שלו: גמ' מניין לייאוש בעלין מן התורה רבי יוחנן בשם ר"ש בן יהוצדק [דברים כב ג] כן תעשה לחמורו וגו' את שאבוד לו ומצוי לך את חייב להכריז ואת שאינו אבוד לו ומצוי לך אין את חייב להכריז יצא ייאוש בעלים שאבוד ממנו ומכל אדם.

תלמוד ירושלמי (וילנא) מסכת בבא מציעא פרק ב הלכה א

רש"י אימץ את מקור הירושלמי כמקור לדין יאוש:

#### מוצא אבדה לאו כיון דמייאש ליה מרה - מקמי דתיתי לידיה קני לה אם נתייאשו בעלים קודם שמצאה זה קנה דתניא באלו מציאות (ב"מ דף כב:) מנין לאבידה ששטפה נהר הואיל ונתייאשו הבעלים שהיא מותרת ת"ל אשר תאבד ממנו שאבודה ממנו ומצויה לשאר בני אדם יצתה זו אלמא קני והכא בגזילה דאתי לידיה מקמי יאוש והדר אייאוש סגי ליה בדמים.

רש"י מסכת בבא קמא דף סו עמוד א

### שיטת תוס' במקור הדין

#### מה שמלה מיוחדת שיש לה סימני' ויש לה תובעין - במרובה (ב"ק דף סו.) אמרינן בגניבה ילפינן יאוש מאבידה.

#### וא"ת ואבידה גופה מנלן? וי"ל דמהכא נפקא לן, דמה שמלה מיוחדת שיש בה סימן ואין הבעלים מתייאשין אלא תובעין שיחזירוה להם בסימנין. אפי' אי סימנין לאו דאורייתא ואין מחזירין אלא בעדים, מ"מ ילפינן משמלה דדווקא דבר שיש בו סימן חייב להחזיר, דע"י שיש בו סימן ימצא עדים שיאמר להם מכירים אתם שמלה שלי שהיו בה סימנין כך וכך, וגם המוצא לא יוציא השמלה להראותה לכל אדם אלא למי שיתן בה סימנים, אע"פ שאינו מחזירה לו בכך מ"מ דומה שהיא שלו ומראה אותה לעדים. אבל דברים שאין בהן סימן הוי שלו, לפי שהבעלים נתייאשו. והא דקאמר בגמרא "סימנין כדי נסבה", אע"ג דצריך הסימנין דע"י זה יש לה תובעין מ"מ כדי נסבה, דאפילו אי לא תני אלא שיש לה תובעין מ"מ ידעינן דע"י סימנין יש לה תובעין ואין הבעלים מתייאשים כדפרישית.

#### ומיהו בירושלמי יליף מניין ליאוש מן התורה? אמר רבי יוחנן "אשר תאבד ממנו" - מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאה זו כו':

תוספות בבא מציעא דף כז.

הרמב"ן גם הוא הבין כתוס' וחלק על רש"י:

#### מתני': מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנין ויש לה תובעין וכו'. מצאתי בפירוש רש"י ז"ל למעוטי מידי דידעינן ביה דמיאש, וכן מפורש בהלכות ועיקר.

#### אבל מה שפרש"י ז"ל בב"ק בפרק מרובה (סו.) דיאוש קונה מדתניא בפירקין מנין לאבדה ששטפה נהר שמותרת וכו' אלמא יאוש קני, זה אינו נכון דהא יאוש שלא מדעת הוא, ולא הוי יאוש, אלא דהתם רחמנא שרייה והוי הפקר. ועוד "שלמה" למה לי, דהא עיקר משמעותיה לדבר שיש לו תובעין אתא כדאיתא בגמרא. אבל בירושלמי גרסינן הכי: מנין ליאוש בעלים מן התורה? ר' יוחנן בשם ר"ש בן יהוצדק: "כן תעשה... ומצאתה" - את שהוא אבוד לו ומצוי לך אתה חייב להכריז, יצא יאוש בעלים שהוא אבוד ממנו ומכל אדם. ואשכחן בתוספתא דתניא: פחות משוה פרוטה אין חייב להכריז, שנאמר "שלמה" - מה שלמה מיוחדת דבר שיש בו ש"פ וכו', ושמא זהו פי' שיש לו תובעים, ומאן דנפקא ליה מומצאתה פליג אמתני'. ואינו מחוור.

חדושי הרמב"ן על מסכת בבא מציעא דף כז.

לענ"ד קושית הרמב"ן היא התירוץ לרש"י רש"י מבין שאבידה ששטפה נהר היא המקרה של בנין אב של יאוש מכיוון שיאוש במהותו הוא מציאות ולא פעולה ולכן רש"י מזהה את היאוש עם הפקר.

בשטמ"ק ב גליון מצינו בצורה ברורה מאוד שהבבלי חולק על הירושלמי:

#### גליון

#### עוד כתוב בתוספות ומיהו בירושלמי יליף מנין ליאוש וכו'. אבל בתלמוד דידן לא בעי למילף מינה משום דכי היכי דמחלקינן בין אבדה ששטפה נהר לשאר אבדות לענין יאוש שלא מדעת כדפירש תוספות לעיל ה"נ נימא דלעולם בעלמא יאוש לא קני והכא כיון שאבודה מכל אדם הוה הפקר טפי. גליון:

שיטה מקובצת מסכת בבא מציעא דף כז עמוד א

אין לי ספק שקושיטת השטמ"ק היא אכן נכונה לתוס' אבל רש"י יאמר שדווקא זוטו של ים הוא בנין אב לדין יאוש מכיוון שיאוש ביסודו הוא דין בחפץ כנ"ל.

### ההבדל בגדר היאוש בין מקור הירושלמי למקור התוס'

לר' יוחנן בירושלמי המקור הוא מאבדה ששטפה נהר שם היאוש הינו בחפצה ולא בגברא ואכן בתחילת סוגית יאוש שלא מדעת אומרת הגמ' שבזוטו של ים כו"ע לא פליגי שיאוש שלא מדעת הוי יאוש:

#### יאוש שלא מדעת. אביי 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: 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.

תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כא עמוד ב

## שיטת רש"י בגדר יאוש

#### משנה. אלו מציאות, מצא פירות מפוזרין - נתייאשו הבעלים מהן, כדאמר בגמרא, והפקר הן.

רש"י מסכת בבא מציעא דף כא עמוד א

#### מעות מפוזרות - הואיל ואין להם סימן ניכר - איאושי מיאש, והוו להו הפקר, וזהו טעם כולם.

רש"י מסכת בבא מציעא דף כא עמוד א

#### למה יצאתה - וכן תעשה לשמלתו.

#### סתם - שמלה יש בה סימן, וכל שמלה יש לה בעלים תובעין אותה, שלא נעשית אלא בידי אדם, ולא באת מן ההפקר:

#### אף כל שיש לו תובעין - למעוטי מידי דידעינן ביה דמיאש:

רש"י בבא מציעא דף כז. על המשנה

#### בחזקה - כגון שבאי שהחזיק בו וקנאו בחזקת יאוש כשהפקירו רבו כשנתייאש הימנו...

#### יאוש - הוי הפקר:

רש"י גיטין דף לח.

#### נתייאשתי - לשון הפקר הוא:

רש"י גיטין דף לט:

#### מוצא אבדה לאו כיון דמייאש ליה מרה - מקמי דתיתי לידיה קני לה אם נתייאשו בעלים קודם שמצאה זה קנה דתניא באלו מציאות (ב"מ דף כב:) מנין לאבידה ששטפה נהר הואיל ונתייאשו הבעלים שהיא מותרת ת"ל אשר תאבד ממנו שאבודה ממנו ומצויה לשאר בני אדם יצתה זו אלמא קני והכא בגזילה דאתי לידיה מקמי יאוש והדר אייאוש סגי ליה בדמים.

רש"י מסכת בבא קמא דף סו עמוד א

מרש"י רואים שמקור הדין הוא הירושלמי מכיון שלדידו יאוש הינו הפקר ולכן הדוגמא ליאוש הוא זוטו של ים ששם ברור שמדובר בהפקר.

ההפקר של רש"י אינו מעשה הפקרה אלא תוצאה ולכן ישנה ה"T של זיקה בין האדם לחפץ ללא חידוש דין יאוש.

## מחלוקת רש"י ותוס'

לעיל בארנו שישנו הבדל בין המקורות ולכן לענ"ד לרש"י ישנו זיהוי בין יאוש להפקר ואילו לתוס' אין זיהוי בין יאוש להפקר.

תוס' מביא מחלוקת בגדר השמלה בינו ובין תוס'.

#### מוצא אבידה לאו כיון דאייאש מרה מינה כו' – אומר ר"י דנפקא לן דיאוש קונה באבידה מהא דאמר באלו מציאות (ב"מ דף כז. ושם) מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנין ויש לה תובעים, פי' ע"י שיש לה סימנים יש לה תובעים שאין הבעלים מתייאשין כיון שיש בהם סימן. ולא כמו שפ"ה שם שיש לה תובעין שאינה של הפקר, דשמלה דבר הנעשה בידי אדם הוא, דהא ל"ל קרא להכי, פשיטא דשל הפקר פטור, דלמי ישיב.

תוספות בבא קמא דף סו.

לענ"ד רש"י יענה לתוס' שהיתה ה"א שחלה חובת החזרה לדבר שהופקר מאליו בגלל המציאות מכיון שרש"י מזהה את ההפקר עם היאוש כנ"ל. לתוס' הפקר הינה מציאות של ניתוק מוחלט בין החפץ ובין האדם – מעשה הפקרה ולכן לא ברור מה הייתה הה"א שיצטרך להחזיר.

בריטב"א מצינו קושית תוס' נוספת על רש"י

#### מתני' אף השמלה היתה בכלל כל אלה ולמה יצאת להקיש אליה ולומר לך מה השמלה מיוחדת שיש לה סימנין ויש לה תובעין. פירש"י סתם שמלה יש לה סימן וכל שמלה יש לה בעלים תובעין שלא נעשית אלא בידי אדם ולא באת מן ההפקר, אף כל שיש לו תובעין למעוטי מידי דידעינן בהא דאייאש,

#### והקשו בתוספות דמשום דעשויה בידי אדם ליכא למימר שיש לה תובעים דדילמא כשאבדה ממנו אפקרה ואיאושי אייאש מינה ואפ"ה אמר רחמנא דליהדרה, והיכי ממעטינן מינה דבר אחר שהוא כמו שמלה שעשוי בידי אדם ואיאש, לא היה לנו למעט אלא דבר שאינו עשוי בידי אדם דהוי הפקר ודאי.

#### לכך פירש ר"ת מה השמלה מיוחדת שיש לה סימנין ומפני אותם סימנים יש לה תובעים דלא מייאש מינה, דאי סימנים דאורייתא הדרא ליה בסימנים, ואי סימנים לאו דאורייתא מ"מ ע"י סימנים יוכל למצוא שכניו שיעידו לו שהיא שלו ולא מייאש, אף כל שיש בו סימנים וכו' לאפוקי דבר שאין בו סימנים דכיון שאין לו סימנים אין לו תובעים ומייאש מינה, ולמדנו ממנה דיאוש קנה, ולשון המשנה מתיישב יפה לפי' זה, ומיהו קשה עליו שהרי בירושלמי למדו ליאוש שהוא קונה במציאה מדכתיב אשר תאבד ממנו ומצאתה את שהוא אבוד ממנו ומצוי לך אתה חייב להחזיר יצא יאוש בעלים שאבוד ממנו ומכל אדם כלומר כגון זוטו של ים דלהכי שרייה רחמנא משום דאיכא יאוש, דאלמא קים להו דלא ילפי' יאוש משמלה ובירושלמי שפיר ידעי פירושא דמתני', ובתוספת' פי' ויש לה תובעין שיש בה ש"פ ואף על גב דבגמרא דילן נפקא מאשר תאבד ומצאתה, י"ל דאשמלה דכתיב ברישא דקרא סמכינן, אי נמי סבירא להו דסימנין עיקר ותובעין כדי נסבה, אבל למאן דלית ליה ההיא דרשא נפקא להו משמלה.

חידושי הריטב"א מסכת בבא מציעא דף כז עמוד א

שיטת תוס' מפורשת בחלוקה בין יאוש לבין הפקר:

#### כיון דבאיסורא אתי לידיה - מכאן משמע שיאוש אין כהפקר גמור, דא"כ אפי' בתר דאתא לידיה באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר. והא דאמר בהשולח (גיטין דף לט:) נתייאשתי מפלוני עבדי דלא בעי גט שחרור אי אמרי' המפקיר עבדו יצא לחירות ואין צריך גט שחרור, לא משום דכי מתייאש הרי הוא מפקירה, דאי יאוש הוי הפקר א"כ אפי' אתא לידיה באיסורא כיון שמפקיר זכה בהן, אלא התם היינו טעמא דכי היכי דבהפקר אין צריך גט שחרור לפי שאין רשות לרבו עליו, הכי נמי כשנתייאש אין לרבו רשות עליו:

תוספות בבא קמא דף סו.

רש"י יענה שמצוות ההשבה מונעת את הקנין אע"פ שיאוש הינו הפקר.

#### אפקורי מפקר להו - לא לגמרי דא"כ אפילו מה שנהנית לא משלם אלא מתייאש מהם שסבור שיתקלקלו מחמת שרבים דורסים עליהם עד שלא יבואו לדמי מה שנהנית:

תוספות בבא קמא דף כ:

יש להעיר שבתוס' בנזיר מצינו נימה שונה:

#### לימא בדשמואל קמפילגי - דהשתא קס"ד כיון שהעבד ברח מכנגד פניו מסתמא נתייאש הימנו האדון והיינו הפקר ר"מ אית ליה דשמואל דאמר אינו צריך גט שיחרור ולכך לא ישתה שעתה אינו ברשות רבו ולא תועיל לו עוד מחאתו ור' יוסי לית ליה דשמואל וכיון דלא יצא לחירות תועיל לו מחאתו:

תוספות נזיר דף סב:

הרמב"ן סבר כתוס' ביחס למקור ונראה שאינו מחלק בין יאוש להפקר כשיטת רש"י::

#### ונראין הדברים שהביטול בלב הוא ואינו צריך להוציאו בשפתיו, זהו ששנו חכמים ז"ל בכל מקום מבטלו בלבו, וכן פרש"י ז"ל. וכן לענין ע"ז שהזכירו חכמים ביטול, כל שנתייאש מע"ז שלו בלבו הוי ביטול ומותרת, כדמפורש בדוכתיה (ע"ז נג:). וכל זה מן הטעם שפירשתי שאין אדם עובר אלא על חמץ שלו שהוא רוצה בקיומו ודעתו עליו, הא נתייאש ממנו ונתן דעתו שאינו רוצה מחמת איסורו ולא יהנה בו לעולם - אינו עובר. משל לממון אבדה, כיון שנתייאש ממנו בלבו יצא מרשותו וכל הזוכה בו קנאו, אף חמץ בזמנו ממון אבוד הוא מבעליו ויצא מרשותו ביאוש...

חדושי הרמב"ן על מסכת פסחים דף ד:

## האם ישנה תלות בין סמנים דאורייאת לסימנים דרבנן ביחס לדין יאוש.

### שיטת ר"ת

#### וקשה לר"ת למ"ד סימנין לאו דאורייתא, א"כ בין בדבר שיש בו סימן בין בדבר שאין בו סימן אין מחזיר לבעלים מן התורה אלא ע"י עדים, ואי מתייאש מדבר שאין בו סימן - כך מתייאש מדבר שיש בו סימן, דזה וזה אין מחזיר לבעלים אלא ע"י עדים, וא"כ לא יחזיר אבידה לעולם. ותירץ דאע"ג דסימן לאו דאורייתא ואין מחזיר כ"א בעדים, מ"מ אין מתייאש מדבר שיש בו סימן, ששואל לבני אדם ראיתם טלית שלי שאבדתי שהיה בו כך וכך סימנין. אבל כשאין בה סימנין מתייאש, שאין יודע מה לשאול, ואין סבור למצוא עדים לעולם. וא"ת א"כ מה דוחק לשנויי התם למ"ד סימנין לאו דאורייתא סימנין כדי נסבא הא איכא למימר דלא נקט סימן אלא לומר דע"י כך יש לה תובעין וי"ל דאי לאו דסימנין דאורייתא לא היה לו כלל להזכירם ולא הוה ליה למימר טפי אלא מה שמלה מיוחדת שיש לה תובעים וממילא ידעינן דמשום סימנים הוא:

תוספות בבא קמא דף סו.

### שיטת היראים

#### השבת אבידה. את ה' אלהיך תירא ותעבוד. צוה הב"ה בפ' כי תצא למלחמה לא תראה את שור אחיך או שיו נדחים וגו' וכן תעשה לחמורו וכן תעשה לשמלתו וגו'. ותנן בב"מ פ' אלו מציאות [כז.] השמלה בכלל היתה ולמה יצאת לומר לך מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנים ויש לה תובעין אף כל שיש לה סימנים ויש לה תובעין פי' דברים לתלות שהיו לה בעלים, אבל אם מצא דברים שיש לומר שלא היו לו בעלים אפילו הוא ספק אינו מצוה להשיב כגון שמצא זהב בנהר שיש לומר מעולם היה שם. וכדתנן [כה:] מצא בבית ישן הרי הוא שלו. וכדמוקמינן דשייך טפי שיש לומר של אמורים היו וטעמא דומיא דשמלה בעינן.

#### ויש ללמוד מכאן שמה שאמרו חז"ל [יא.] חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, הני מילי בדבר דמסיק איניש אדעתיה שיוכל להיות ברשותו. אע"ג דהשתא הוי שלא מדעתו קניא ליה אבל מידי דאין דרך אדם להעלות על דעתו שיהיה לא קני ליה דחצרו מידו איתרבי ולהאי ענינא אמור רבנן דדומיא דידו בעינן ולהכי לא קני ליה בעל כותל ישן.

#### ואם מוצא אבידה שאין בה סימן הרי הוא שלו דודאי ייאוש בעלים נגעו בה וייאוש קונה באבדה אי סימנים דאורייתא ייאוש קונה דאורייתא מדהתירה דבר שאין בו סימנים מדכתיב שמלה ואי סימנים דרבנן יאוש קונה [מדרבנן – תועפות רא"ם שם].

ספר יראים סימן קסח

לשיטת היראים במקביל לדין גזילה שישנו דיון בגמ' האם יאוש קונה מדאורייתא או מדרבנן, יוצא שמדין תורה צריך להחזיר כל אבידה גם אם היה יאוש בעלים וחכמים מיעטו.

## שיטת הרמב"ם

ברמב"ם רואים שצריך תמיד יאוש בפועל ואפילו בזוטו של ים

#### [ה] בכלל כל אלו, הוא מאמר ה' אבדת אחיך כולל השמלה וזולתה. ואם היה לאותו דבר סימנין ואין לו תובעין והוא אם נתיאשו הבעלים ממנו אינו חייב להחזיר. וענין היאוש שיאמר זה שאבדה לו האבדה אוי שהפסיד כך וכך, או דברים שיש במשמעם ענין זה.

פירוש המשנה לרמב"ם מסכת בבא מציעא פרק ב משנה ה

#### המוצא אבידה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר שאינו פוסק אף על פי 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 נתיאש ממנה.

רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק יא הלכה י

#### הלכה א

#### השמלה בכלל כל אבידת אחיך היתה וכן השור והשה והחמור ולמה פרט הכתוב חמור להחזירו בסימני מרדעת אף על פי שהסימן בדבר הטפל לו יחזיר ולמה פרט שור ושה להחזיר אפילו גיזות השה או גז זנב השור אף על פי שהוא דבר מועט. ולמה פרט השמלה ללמוד ממנה מה השמלה מיוחדת שיש לה סימנין וחזקתה שיש לה תובעין וחייב להחזיר אף כל דבר שיש לו סימנים הרי הוא בחזקת שיש לו תובעין וחייב להחזיר, אבל דבר שאין לו תובעין אלא נתיאשו ממנו הבעלים הרי הוא של מוצאו אף על פי שיש בו סימנים.

#### הלכה ב

#### זה הכלל באבדה כל דבר שאין בו סימן כיון שאבד וידעו בו הבעלים שאבד הרי זה בחזקת שנתיאשו ממנו בעליו כגון מסמר אחד או מחט אחת או מטבע אחד שהרי אינן יכולים ליתן סימן להחזירו להן ולפיכך הרי הוא לזה שמצאו.

#### הלכה ג

#### וכל דבר שיש בו סימן כגון שמלה ובהמה הרי זה בחזקת שלא נתיאשו ממנו בעליו שהרי דעתן תלויה ליתן סימנין שיש בו ויחזור להן לפיכך המוצא אותו חייב להכריז אלא אם כן ידע שנתיאשו הבעלים כגון ששמע אותם אומרים ווי לחסרון כיס וכיוצא בדברים אלו שמראין שנתיאשו הרי אותה האבידה של מוצאה.

#### הלכה ד

#### וכן אם מצא דבר שיש בו סימן בים ובנהר וכיוצא בהן, או במקום שרובו גוים, הרי זה בחזקת שנתיאשו ממנו בעליו משעה שנפל ולפיכך הרי הוא של מוצאו אף על פי שלא שמע הבעלים שנתיאשו ממנו.

רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק יד א-ד

#### הלכה א

#### 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 ואין צריך לומר אם היו הבעלים מרדפין אחריהן.

#### הלכה ב

#### 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. +/השגת הראב"ד/ לפיכך המציל מן הנהר וכו' אם ידע ודאי שנתיאשו וכו'. א"א אלו דברי תימה הם.+

#### הלכה ג

#### המציל מיד ליסטיס ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר שנתיאשו הבעלים, ואם ידע שלא נתיאשו חייב להחזיר, אבל המציל מיד ליסטיס גוי או מוכס גוי חייב להחזיר שסתם הדבר שלא נתיאשו הבעלים, ואם ידע בודאי שנתיאשו הבעלים הרי אלו שלו. ומפני מה סתם ליסטיס ישראל שנתיאשו הבעלים וסתם גוי לא נתיאשו, מפני שהבעלים יודעים שהגוים מחזירין מיד הגזלן אף על פי שאין שם עדים שגזל אלא בראיות רעועות ובאמדן דעתן.

רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ו א-ג

יש להקשות שקיים פער בדין זוטו של ים בין שני מקומות:

|  |  |
| --- | --- |
|  |  |
| המוצא אבידה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר שאינו פוסק אף על פי 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 נתיאש ממנה. רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק יא הלכה י הלכה א | הלכה בלפיכך 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. +/השגת הראב"ד/ לפיכך המציל מן הנהר וכו' אם ידע ודאי שנתיאשו וכו'. א"א אלו דברי תימה הם.+ רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ו א-ג |

### פיתרון הנחלת דוד

שיטת הרמב"ם תמוהה כפי שכתב הראב"ד ואכן המ"מ שת עינו וכותב:

#### [א] קורות ועצים וכו'. ברייתא פ' אלו מציאות (דף כ"ב) ולא חלק הרב בינה ובין ההיא דאמרינן מניין לאבדת נהר שמותרת וסובר דזוטו של ים ושלוליתו של נהר דוקא בשנתייאשו וכפשטא דברייתא דרשב"א,

#### ומיהו עיקר הדין דאין יכולין להציל אף על פי שלא נתייאשו הרי הן של מוצאן וכי בעינן נתייאשו דוקא ביכולים להציל ע"י הדחק ואצ"ל ביכולים להציל בהדיא אבל בשאין יכולין להציל רק על צד הזרות והפלא ודאי אפילו לא נתייאשו לא. ואפשר שהרב סובר דבכל כי האי גוונא היינו נתייאשו וכ"כ למטה פי"א בזו דזוטו של ים שזה ודאי נתייאשו ממנה ודברי הר"א ז"ל בהשגות מן הטעם שכתבתי הם:

מגיד משנה הלכות גזלה ואבדה פרק ו הלכה א

בביאור שיטת הרמב"ם מסתבר שהוא חלק על בעלי התוס' והסביר כירושלמי וכך מצאתי שהסביר הנחלת דוד:

#### ועוד נראה לענ"ד שיצא להרמב"ם כן מהירושלמי שהביאו התוס' בשמעתא דאף השמלה (כז, א) עיין שם בתוס' ד"ה מה שמלה בסופו, שכתבו דבירושלמי יליף ליאוש מן התורה מהא דאשר תאבד ממנו כו', הרי חזינן להדיא דטעמא דשרייותא דרחמנא הוא מטעם יאוש, והתוס' לשיטתם כתבו דיאוש נפקא משמלה, אבל הרמב"ם לא ניחא ליה בהכי למימר שיפלוג ש"ס דידן בזה על הירושלמי, כיון דלא מצינו כן בש"ס דילן להדיא דפליג על הירושלמי בזה. ועוד ראיתי בסמ"ג שהביא להא דאמר ר' יוחנן משום רשב"י מנין לאבידה ששטפה נהר כו' ומסיים בה שוודאי נתייאשו הבעלים ממנה, ונראה שם מלשונו שהוא סיום לישנא דמימרא דר' יוחנן בעצמו, אשר כל זה בלי ספק הכריחו להרמב"ם לפרש טעמא דשריותא דזוטו של ים הוא משום יאוש וכדברי הרב המגיד והלחם משנה, זולתי במה שפירש הרב המגיד דברי הרמב"ם בפ"ו דהא דכתב אם ידעו היינו אם ידעו שנאבדה דאז ממילא הוי יאוש ואפילו לא שמענו שנתייאש ואפילו אומר שלא נתייאש, בזה נאדי הלחם משנה מפירוש דברי הרמב"ם כפשוטו דאם ידעו שנתייאש היינו ששמענו מפיו בהדיא כן, והא דמוכח מדבריו בפי"א דסתמא הוי יאוש, קמחלק הלחם משנה דבפי"א בזוטו של ים גמור ושלוליתו של נהר שאינו פוסק דאי אפשר להציל כלל ולכך סתמא הוי יאוש, משא"כ בפ"ו מיירי בנהר הפוסק, ודקדק כן מדבריו שבפי"א כתב נהר שאינו פוסק ובפ"ו כתב נהר סתם, ולכך כיון דבפ"ו מיירי נהר הפוסק שיכולים להציל לכך בעינן ששמענו מפיו שנתייאש, כן הוא תוכן כוונת הלחם משנה.

נחלת דוד מסכת בבא מציעא דף כב עמוד א

### שיטת אבן האזל

#### [א - ב] קורות אבנים ועצים וכיוצא בהן ששטפם הנהר אם נתייאשו הבעלים מהן הרי אלו מותרין והן של מצילן ואם אינו יודע אם נתייאשו או לא נתייאשו חייב להחזיר ואצ"ל אם היו הבעלים מרדפים אחריהם, לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר ומן העכו"ם ומן הדליקה ומן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס אם ידע בודאי שנתייאשו הבעלים הרי אלו שלו ואם לא ידע יחזיר.

#### השגת הראב"ד: המציל מן הנהר וכו'. א"א אלו דברי תימה הם עכ"ל.

#### עיין במ"מ שכתב דהרמב"ם אינו מחלק מהא דקורות לאבדה ששטפה נהר וסובר דזוטו של ים דוקא בשנתייאשו וכתב ע"ז מיהו עיקר הדין דאין יכולין להציל אף על פי שלא נתייאשו ה"ה של מוצאן. וכי בעינן נתייאשו דוקא ביכולין להציל ע"י הדחק וזהו מה שהשיג הראב"ד, וכתב המ"מ דאפשר סובר הרמב"ם דזהו נתייאשו אם אין יכולין להציל, וכן כתב בפי"א דזוטו של ים ודאי נתייאשו ממנה. והנה אכתי לא יישב המ"מ במה שחילק הרמב"ם בדבריו הא דכאן ממה שכתב בפ' י"א דכאן כתב אם ידע בודאי שנתייאשו ושם כתב שזה ודאי נתייאשו. ונראה דכאן מיירי בהצלה ושם מיירי במציאה דהצלה היינו בשעת מעשה שיתכן ע"י רוב עוזרים ומצילין שיצילו, אבל שם מיירי במציאה שהבעלים ועוזריהם כבר רחוקים ואז ודאי נתייאשו וכיוונתי בזה לד' הנחלת דוד והוא ברור.

#### אך בעיקר הדבר מה דסובר הרמב"ם דזוטו של ים הוא משום יאוש וסובר להדיא לקמן פי"א דקרא דממעט אבודה ממנו ומכל אדם הוא משום יאוש, והוא כדברי הירושלמי שמביאים התוס' בדף כ"ז צריך ביאור סוגיית הגמ' דריש אלו מציאות דאמר בזוטו של ים אף על גב דאית בה סימן רחמנא שריא כי פליגי בדבר שאב"ס ומוכח דלא שייך בזה פלוגתא דישל"מ וכבר עמד בזה בנחל"ד ונשאר בצ"ע ומה שרצה אח"כ ליישב עפ"ד הריטב"א דמשמע דאף דזוטו של ים נמי משום יאוש מ"מ מותר בזה ישל"מ א"א לומר כן בדעת הרמב"ם דהא כתב להדיא שזה ודאי נתייאשו הבעלים ממנה מוכח דבעינן שכבר נתייאשו.

#### ונראה דלפי"מ שבארנו דאבדה ששטפה נהר דאמרינן בסתמא שהיא מותרת לא איירי בשעת שטיפה אלא לאחר זמן א"כ בסתמא לא הוי שלא מדעת ולכן לא בעי הגמ' לאוקמי פלוגתייהו בהכי ומה דאמר בזוטו של ים וכו' רחמנא שרייא אינו ולא לומר דאפי' יש בה סימן נתייאשו דמעיקרא אמר דביש בה סימן לא פליגי כיון דאינה עומדת ליאוש, ולכן אף שנתייאש לבסוף נמי לא מהני ואפי' רבא מודה, אמר ג"כ דבזוטו של ים נמי לא משכחת לה לומר דמקודם לא נתייאש ואח"כ נתייאש דרחמנא שרייא בודאי נתייאש ואפי' אומר שלא נתייאש דנעשה כצוח על ביתו שנפל, אבל לאוקמי בזוטו של ים ושלא ידעו הבעלים זהו דוחק כיון שהוא לאחר זמן, ואם בשעת מעשה דאפשר להציל א"כ אפי' לא היו הבעלים אפשר שיבואו קרובים ואוהבים ויצילו ואינו עומד בודאי ליאוש. ולכן ניחא ליה לאוקמי בדבר שאב"ס דמשכחת לה בשעת אבדה ממש שלא ידעו הבעלים והוי ישל"מ.

#### /השמטות ומילואים/

#### לעיל בד"ה ונראה, כתבתי דמזוטו של ים ילפינן דאף בדבר שיש בו סימן כיון שמציאת אבדה כזו אינה מצוי' לכן מותרת ומשמלה נלמוד בדבר שאין בו סימן ובארתי בזה מה שאמרו בגמ' איסורא דומיא דהיתרא ומוכיח מזה דישל"מ אסור ועי' בתוס' מש"כ ובדעת הרמב"ם אי אפשר לפרש כדבריהם עי' במש"כ ובארתי דמה היתרא בכל גווני אפי' ביש בו סימן ה"נ איסורא אפי' באב"ס משום דלא מיירי בלמוד זה מסימנים ומשכחת איסורא באב"ס היכא דהוי ישל"מ, ויש להקשות דאם לא ידע שנפל הא גם מצד זוטו של ים אסור, ונראה דאפשר בסימן העשוי לידרס ואין בו סימן שנדרס אבל הבעלים אין יודעין שנדרס אבל צ"ע דא"כ תמיד בעשוי לידרס אפי' נדרס אסור וזהו חדוש והיה אפשר דשייך יאוש על ספק אבל גם זה חדוש ואולי אפשר דנאבד ברשות היחיד ואינו עשוי לידרס אבל נדרס. [ע"כ].

#### אכן עוד נשאר לנו לבאר מה דאמר בסוף הסוגיא איסורא דומיא דהיתרא ומוכיח מזה דישל"מ אסור דתוס' לשיטתם דזוטו של ים שהתירה תורה אינו משום יאוש פירשו דזהו דמוכיח דע"כ ישל"מ אסור דאי מותר למה לי היתרא דזוטו של ים תיפוק ליה מטעם יאוש, וכן פי' הרמב"ן במלחמות אבל לדעת הרמב"ם צריך ביאור והנח"ד ביאר בזה עפי"מ שהבאתי דבריו למעלה דאף אם זוטו של ים משום יאוש מ"מ מותר גם בישל"מ אבל כבר כתבתי דא"א לומר כן בלשון הרמב"ם.

#### ונראה דלדעת הרמב"ם נאמר דאף דזוטו של ים הוא משום יאוש מ"מ גם משמלה דממעט דשאב"ס נלמוד דין יאוש וע"כ דגילתה התורה שני גדרי יאוש בדשאב"ס דמייאש משום דחזרת האבדה אינה מצויה משום שאב"ס, וזוטו של ים דאף דאם תמצא האבדה יש בזה סימן וידעו להחזירה אבל מציאת האבדה אינה מצויה, ולכן אמר דמה התירא בכל גווני אפי' בישב"ס ה"נ איסורא אפי' באב"ס משום דלא מיירי בלמוד זה מסימנים ומשכחת לה איסורא באב"ס היכי דהוי ישל"מ, ובאמת זהו כונת פירש"י וגם הנח"ד כתב דפירש"י לא משמע כדברי התוס' אך כתב כנ"ל, אבל לדעתי גם בדברי רש"י נפרש כמש"כ:

#### אבן האזל הלכות גזלה ואבדה פרק ו הלכה א

בס"ד ט' אדר ראשון ה'תשע"ט

# מהי הגדרת אבדה - היחס בין יאוש להפקר – דף מקורות 3

הראשונים והאחרונים הציעו הבונות שונות ביחס להבנת המנגנון של "יאוש" המופיע בסוגיות שלנו, חקירה אותה פתח הרב רא"ם בשיעורי העיון שהיו על דף מקורות מספר 2. במקורות לקמן נמשיך לדון בחקירה זו דרך רש"י ותוספות שהוזכרו כבר בשיעורי העיון ודרך עוד ראשונים ואחרונים רבים שדנו בחקירה זו.

לימוד פורה ומוצלח!

**ראשונים:**

**רש"י:**

בבא מציעא כא ע"א ד"ה מצא, מעות.

גיטין לח ע"א ד"ה בחזקה. שם לט ע"א ד"ה נתייאשתי

**תוספות:**

בבא קמא סו ע"א ד"ה כיון.

בבא קמא ד"ה אפקורי.

נזיר סב ע"ב ד"ה לימא בדשמואל.

בבא מציעא ל ע"ב ד"ה איזוהי

**חידושי הרמב"ן** פסחים ד ע"ב ד"ה ונראין הדברים

**אחרונים:**

**מחנה אפרים[[1]](#footnote-1)** הלכות זכיה מההפקר סימן ז

**נתיבות המשפט** ביאורים סימן רסב ס"ק ג

**קצות החושן** סימן תו ס"ק א

**שו"ת ב"ח החדשות** - קונטרס אחרון סימן ז

**שו"ת נודע ביהודה** מהדורא תניינא - אבן העזר סימן עז "ומה שהעלתם...יכול להפקיר"

**חזון איש**, בבא קמא יח, ג "בנה"מ סי' רס"ב סק"ג האריך לקבוע...ע"י הדחק ונתייאש בלבו"

**שו"ת אגרות משה** יורה דעה חלק א סימן קנ

## היחס בין הפקר ליאוש

### שיטת רש"י

### רש"י בבא מציעא דף כא.

מצא פירות מפוזרין - נתייאשו הבעלים מהן, כדאמר בגמרא, והפקר הן:

מעות מפוזרות - הואיל ואין להם סימן ניכר איאושי מיאש, והוו להו הפקר, וזהו טעם כולם:

### רש"י גיטין דף לח.

בחזקה - כגון שבאי שהחזיק בו וקנאו בחזקת יאוש כשהפקירו רבו כשנתייאש הימנו...

יאוש - הוי הפקר:

### רש"י גיטין דף לט:

נתייאשתי - לשון הפקר הוא:

## שיטת תוספות

### תוספות בבא קמא דף סו.

כיון דבאיסורא אתי לידיה - מכאן משמע שיאוש אין כהפקר גמור, דא"כ אפי' בתר דאתא לידיה באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר. והא דאמר בהשולח (גיטין דף לט:) נתייאשתי מפלוני עבדי דלא בעי גט שחרור אי אמרי' המפקיר עבדו יצא לחירות ואין צריך גט שחרור, לא משום דכי מתייאש הרי הוא מפקירה, דאי יאוש הוי הפקר א"כ אפי' אתא לידיה באיסורא כיון שמפקיר זכה בהן, אלא התם היינו טעמא דכי היכי דבהפקר אין צריך גט שחרור לפי שאין רשות לרבו עליו, הכי נמי כשנתייאש אין לרבו רשות עליו:

### תוספות בבא קמא דף כ:

אפקורי מפקר להו - לא לגמרי דא"כ אפילו מה שנהנית לא משלם אלא מתייאש מהם שסבור שיתקלקלו מחמת שרבים דורסים עליהם עד שלא יבואו לדמי מה שנהנית:

### תוספות נזיר דף סב:

לימא בדשמואל קמפילגי - דהשתא קס"ד כיון שהעבד ברח מכנגד פניו מסתמא נתייאש הימנו האדון והיינו הפקר ר"מ אית ליה דשמואל דאמר אינו צריך גט שיחרור ולכך לא ישתה שעתה אינו ברשות רבו ולא תועיל לו עוד מחאתו ור' יוסי לית ליה דשמואל וכיון דלא יצא לחירות תועיל לו מחאתו:

### תוספות מסכת בבא מציעא דף ל עמוד ב

איזוהי אבידה - שיבין שאין הבעלים יודעין שהיא שם.

### חדושי הרמב"ן על מסכת פסחים דף ד:

ונראין הדברים שהביטול בלב הוא ואינו צריך להוציאו בשפתיו, זהו ששנו חכמים ז"ל בכל מקום מבטלו בלבו, וכן פרש"י ז"ל. וכן לענין ע"ז שהזכירו חכמים ביטול, כל שנתייאש מע"ז שלו בלבו הוי ביטול ומותרת, כדמפורש בדוכתיה (ע"ז נג:). וכל זה מן הטעם שפירשתי שאין אדם עובר אלא על חמץ שלו שהוא רוצה בקיומו ודעתו עליו, הא נתייאש ממנו ונתן דעתו שאינו רוצה מחמת איסורו ולא יהנה בו לעולם - אינו עובר. **משל לממון אבדה, כיון שנתייאש ממנו בלבו יצא מרשותו וכל הזוכה בו קנאו, אף חמץ בזמנו ממון אבוד הוא מבעליו ויצא מרשותו ביאוש...**

## דיוני האחרונים

### מחנה אפרים הלכות זכיה מהפקר סימן ז

יאוש אי הוי כהפקר. ראיתי להתוס' בפרק מרובה דף ס"ו ע"א שכתבו דיאוש לא הוי כהפקר דא"כ אפילו בתר דאתי לידיה באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר, והא דאמרינן בפרק השולח נתייאשתי מפ' עבדי דלא בעי גט אי אמרינן דהמפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור לאו משום דכי מתייאש הוי הפקר אלא ה"ק כי היכי דבהפקר א"צ גט שחרור לפי שאין רשות רבו עליו ה"נ כשנתייאש אין לרבו רשות עליו עכ"ד. אבל מפירוש רש"י ז"ל שם דף ט"ל מוכח בהדיא דיאוש הוי לשון הפקר, ופשטא דשמעתין מוכח הכי דמשמע דאיירי אפילו בעבד שהוא תחת ידו דכל שאמר נתייאשתי יצא לחירות וכן משמע מדברי הרמב"ם ז"ל, ואם איתא דיאוש לא הוי לשון הפקר אמאי מהני דאין יאוש מועיל אלא בדבר האבוד אבל בדבר שאין ראוי להתייאש אי לא הוי לשון הפקר נראה ודאי דלא מהני. ומה שהקשו התוס' ז"ל דא"כ אפילו בתר דאתא לידיה באיסורא אמאי לא יקנה מן ההפקר נראה דפשיטא להו דאם הפקיר הנגזל מה שנגזל ממנו דהוי הפקר, וזה תימה דהא מסיק רבא לקמן בפרקין דכמו שאין הנגזל יכול להקדיש מה שביד הגזלן לפי שאינו ברשותו כמו כן אינו יכול להפקירו יע"ש בשמעתא דצנועין דף ס"ט. וכ"ת עדיין תקשי לן דאשכחן דיאוש מועיל אפילו בדבר שאינו ברשותו דהא אפילו במלוה שניתנה להוצאה אשכחן דמועיל יאוש כדאמרינן בפרק כל הגט דף ל' אמתני' דהמלוה לעני כדי להפריש עליו מחלקו דקתני עלה נתייאשו הבעלים אין מפריש עליהם שאין מפרישין על דבר האבוד, איכא למימר דיאוש כי האי גוונא עדיף מהפקר שכיון שהוא קרוב לאיבוד אסח דעתיה ממנו ונתייאש, והא דגבי גזלן אינו מועיל אפילו יאוש ה"ט משום דבאיסורא אתא לידיה דאי הוו ידעי בעלים בגזלן לא הוו מתייאשי ומדינא לא היה זה חשיב הפקר ואפילו באבידה כיון דבע"כ מתייאש ושלא מדעתו אלא דהתורה התירה היאוש באבידה משום דבהיתרא אתא לידיה אבל בגזילה דבאיסורא אתא לידיה לא, ומתוך מה שכתבתי למדנו דאין יאוש מועיל בחוב אלא בדבר שראוי להתייאש כגון דהוי דבר האבוד, וכן פירש רש"י ז"ל בפרק כל הגט שכל יאוש הוי דבר האבוד אבל בדבר שאינו ראוי להתייאש אין יאוש מועיל בו אפילו אמר נתייאשתי מחוב פ' דאין לשון זה מועיל אלא מדין הפקר דהוי כאלו מפקיר אותו. וכבר כתבתי דאין הפקר מועיל בדבר שאינו ברשותו וכ"כ מהרי"ק בשורש ג' ודלא כמהרי"ט בתשו' בח"א:

### נתיבות המשפט ביאורים סימן רסב ס"ק ג

[ג] דבר שנתיאשו הבעלים. והנה הא דיאוש קונה, נראה דלא יצא ע"י יאוש מרשות בעלים עד דאתי ליד זוכה. דהנה התוס' בב"ק דף קט"ז [ע"א] אהא דאמר בש"ס בעובדא דרב ספרא דלוינהו אריא ובכל לילא שדר ליה חמרא, כדמטא זימניה דרב ספרא שדר ליה חמרא ולא אכליה, קדם רב ספרא וזכה ביה, א"ל רב אחא מדפתי לרבינא למה ליה למיזכי ביה, נהי דכי אפקריה, אדעתא דאריא אפקריה אדעתיה דכו"ע לא אפקריה. והקשו התוס' בד"ה אדעתא דאריא, דהא אמר בב"מ [כ"ד ע"א] המציל מן הארי ומן הדוב הרי הוא שלו מפני שהבעלים מתיאשים מהם. ולישב זה נראה, דהתוס' בב"ק דף ס"ו [ע"א] בד"ה כיון דבאיסורא, כתבו וז"ל, מכאן משמע שיאוש אינו כהפקר גמור, דא"כ אפילו בתר דאתי לידיה באיסורא יכול לקנות מן ההפקר. ולכאורה אינו מובן, דבאיזה ענין חלוק יאוש מהפקר, הא כמו שהפקר כל המחזיק בו זכה בו, כמו כן ביאוש. לכן נראה לפענ"ד דבזה חילוק בין יאוש להפקר, דבהפקר פליגי ר' יוסי ורבנן בנדרים דף מ"ג [ע"א], דר' יוסי סבר דהפקר כמתנה מה מתנה עד דאתי לרשות זוכה אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה, והנה אף דקיי"ל בהפקר דהוי הפקר אף על גב דלא אתי לרשות זוכה, ואפילו הוא בעצמו צריך לחזור ולזכות בו [ראה יו"ד סימן רכ"א סעיף ט' וחו"מ סימן רע"ג סעיף ד'], מ"מ ביאוש נראה דלא מהני עד דאתי לרשות זוכה, ואם נתיאש מהאבידה וכלה היאוש קודם דאתי ליד הזוכה, א"צ לחזור ולזכות בו, רק כיון שראהו תיכף זכה בו ואין שום אדם יכול לזכות בו שוב. וזהו ראית התוס', דאלת"ה רק דיאוש הוי כהפקר גמור ואפילו לא אתי ליד הזוכה יצא מרשות בעלים, א"כ אפילו בגזילה, נהי דהגזלן לא קנה מטעם דבאיסורא אתי לידיה, מ"מ הא של הנגזל ג"כ לא הוי דהא יאוש הוי כהפקר לכל אדם, והיאך יכול לתובעו גוף החפץ כיון שאינו שלו שהוא הפקר, רק דמים יכול לתבוע, ומהיכי תיתי יהיה עדיף אתי לידיה באיסורא מלא אתי ליד זוכה כלל, ומדבעינן אתי ליד זוכה בהיתירא, ודאי דאי לא אתי ליד זוכה כלל לא הוי הפקר. ומקרא גופיה מוכח כן, דבשלמא בהפקר דאתי מקרא דתשמטנה ונטשתה [שמות כ"ג י"א] דנלמד משמיטה [ירושלמי פאה פ"ו ה"א], הוי הפקר אפילו לא אתי ליד זוכה, אבל יאוש כתבו התוס' בב"ק ס"ו [ע"א] בד"ה מוצא אבידה, דנפקא לן מהא דמה שמלה [דברים כ"ב ג'] מיוחדת שיש לה סימנים שאין הבעלים מתיאשין, (וז"ל) ושם בקרא כתיב ומצאתה, ובב"מ דף ב' [ע"א] אמרינן ומצאתה דאתי לידיה משמע, וכיון דלא נכתב קרא דיאוש קונה רק במקום דאתי לידיה, מה"ת לן למילף במקום דלא אתי לידיה.

ולפמ"ש מיושבים הרבה קושיות התוס', דמה שהקשו שם [ד"ה כיון] מהא דנתיאשתי מפלוני עבדי דלמה יצא לחירות, ולדברינו לא קשה, דהא בעבד כבר אתי ליד זוכה דהא העבד מוחזק בעצמו. גם קושית התוס' שהקשו דף ס"ט [ע"א] בד"ה כל שלקטו, הא דיאוש אינו פוטר ממעשר למאן דס"ל דיאוש לא קנה וכל המחזיק בו זכה, ודחקו עצמן לחלק. ולפמ"ש הדבר פשוט, דכשהוא ביד גזלן דלא קנה, הוי כלא אתי ליד זוכה וברשותיה דבעלים קאי, ואינו פוטר מן המעשר כמו שהפקר אינו פוטר לר' יוסי קודם דאתי ליד זוכה. ולא קשה ג"כ קושית התוס' דהכא [ב"ק קט"ז ע"א], דשאני מציל מפי ארי לניצול בעצמו מפי ארי, דהמציל מפי ארי, כלה היאוש אחר שבא ליד הזוכה, אבל ניצל בעצמו מפי ארי, הרי כלה היאוש קודם שבא ליד הזוכה. והא דהוצרך הש"ס לומר אדעתא דארי אפקרא, דהחילוק שבין יאוש להפקר הוא, דהפקר הוא מדעת ויאוש הוא שלא מדעת, וכיון דמדעת השליכו לפני הארי הוי הפקר אפילו לא אתי ליד זוכה, ולזה אמר דאדעתא דאריא אפקריה ולא הוי הפקר מדעת, ומטעם יאוש לא הוי צריך לזכות בעצמו כיון דכלה היאוש [קודם] שבא ליד זוכה.

והשתא אתי שפיר הא דמדמה הש"ס בב"ק שם בעלה חמורו מאליו להא דרב ספרא, דקשה הא בהך דרב ספרא אינו הפקר מטעם שכתבו התוס' שם, וכיון דהארי לא בא לטרוף, ובעלה חמורו גבי שטף נהר הפקר גמור הוא כמו במציל מן הנהר [ב"מ כ"ד ע"א, וראה כ"ב ע"ב], דהא הנהר בא לשטוף, וא"כ אפילו לא אמרינן משמיא רחימי מ"מ הוי כזוכה מהפקר. ועיין בנמוקי יוסף [ב"ק מ"ב ע"ב מדפי הרי"ף] שדחק בזה.

ולפמ"ש אתי שפיר, דמציל מן הנהר ג"כ אין לו דין הפקר, שלא הפקיר מדעתו, רק מטעם יאוש הוא, דדוקא באבידה שאבוד מכל אדם כגון שור הנסקל שהוזמו עדיו [ראה כריתות כ"ד ע"א], יש לו דין הפקר ממש ואפילו לא אתי ליד זוכה, משא"כ הכא דמיירי על כרחך ביכול להציל ע"י הדחק, דאי לאו הכי מצי אמר מהפקירא זכינא, וכיון דיכול להציל ממילא אינו רק מטעם דכיון שעמד שם ולא רדף אחריו הוי יאוש כמבואר [בתוס'] בב"מ דף כ"ב [ע"א] ד"ה שטף נהר ע"ש, וכיון שעלה מאליו וכלה היאוש קודם שבא ליד זוכה נעשה של בעלים כדמעיקרא, וע"כ הוצרך לטעם דמשמיא רחימו עליה וכמו בחמרא דרב ספרא, ועיקר מה שמדמה הש"ס הוא כמ"ש הנמוקי יוסף ע"ש, ועיין עוד במה שכתבתי בסימן רס"ד [משה"א סק"ב] בזה.

### קצות החושן סימן תו ס"ק א

והפקירו קודם שעמד בדין - ואחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה כהן ש"ן הקשה בהא דאמרינן פ' החובל (ב"ק צ:) שור שהמית ואח"כ הזיק אם הוא מועד דנין אותו דיני ממונות ואח"כ דנין אותו דיני נפשות, קדמוהו ודנוהו דיני נפשות אין חוזרין ודנין אותו דיני ממונות. ופריך וכי קדמוהו ודנו אותו דיני נפשות ליהדר ולדייני אותו דיני ממונות ע"ש. ומאי פריך הא אמרינן בכריתות (כד, א) שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם וזכה בו זכה בו משום דאפקורי אפקר ליה וכיון דקדמוהו ודנו אותו דיני נפשות הרי נעשה הפקר ואיך אפשר ליהדר ולדייני דיני ממונות כיון דהפקירו קודם שהעמידו בדין ע"כ. ונראה בזה משום דבאיסורי הנאה לא מהני הפקרו כלל וכדמוכח בפסחים (ז, א) בהא דאמרו ונבטליה בשית, משום דרב גידל דאמר המקדש משש שעות ולמעלה אין חוששין לקידושין, אלמא דאין לבעלים שום כח להפקיר אחר שנאסר בהנאה. וכ"כ רש"י פ' שור שנגח ד' וה' (ב"ק מה, א) בהא דאמרו שם שור הנסקל משנגמר דינו מכרו אינו מכור הקדישו אינו מוקדש, ופי' רש"י אינו מוקדש דלאו ברשותיה קאי לאקדושיה וא"כ ה"ה לאפקוריה, אינו ברשותו. אלא דאיסורי הנאה אע"ג דלאו ברשותיה קאי אבל בעלים מיהא אית ליה וכמ"ש הריב"ש (בסי' תא) דזכיה יש בו באיסורי הנאה מדאמרינן בע"ז מכי אגבה קניא ע"ש. וכ"כ הרשב"א בחידושיו פ' לולב הגוזל (סוכה לה, א) באתרוג של ערלה חשיב לכם ומשום דאית ליה בעלים אע"ג דאסור בהנאה ע"ש. וא"כ הא דהפקירו קודם שעמד בדין פטור היינו משום דבעינן בעלים מתחלה ועד סוף והא אית ליה בעלים והפקר שלהם לאו כלום כיון דאיסורי הנאה מיקרי דבר שאינו ברשותו, וכמו גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדישו. והא דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה בהן היינו דכיון שהוזמו עדיו הרי מעולם לא היה מאיסורי הנאה וכיון דבעלים הפקירו הרי הפקרן הפקר ודו"ק. וכן נראה מדברי הרמב"ם שכתב (בפ' יא מהלכות נזקי ממון הל' ט) ז"ל: שור שהמית את האדם והקדישו בעליו אינו קדוש וכן אם הפקירו אינו מופקר כו' בד"א אחר שנגמר דינו לסקילה. ואח"כ כתב ז"ל: שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה שהרי משנגמר דינו הפקירוהו בעליו ע"ש. ומאי מהני הפקר בעליו כיון דכבר כתב דהפקירו אינו הפקר, אלא נראה כמ"ש דודאי איסורי הנאה בעלים אית ליה ואפ"ה הפקירו אינו מופקר ומשום דלא עדיף מדבר שאינו ברשותו דאע"ג דשלו הוא אינו ברשותו לאקדושיה ולהפקירו וכמ"ש בסי' ריא (סעיף ד) ע"ש. אבל בהוזמו עדיו למפרע בעלים אית להו וברשותייהו הוי קם לאפקוריה. ואע"ג דיאוש ודאי מהני אפי' בדבר שאינו ברשותו דהא בגזילה מהני יאוש וא"כ כי נגמר דינו נימא דיאוש מיהא הוי, דליתיה דיאוש לא] יצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה ואינו כהפקר. וראיה מהא דאמרינן במרובה (ב"ק סו, ב) זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנותו ע"ש. ואי נימא דביאוש יצא מרשות בעלים נהי דאינו רוצה לקנות אכתי היכי מצי אמר הרי שלך לפניך בתר דמייאש מאריה מיניה כיון דתו לאו דמאריה ודו"ק:

### שו"ת ב"ח החדשות - קונטרס אחרון סימן ז

...דהנה התוס' בב"ק דף ס"ו ד"ה כיון דבאיסורא כתבו וז"ל מכאן משמע דיאוש אינו כהפקר גמור כו' והא דאמר בהשולח נתייאשתי מפלוני עבדי דלא בעי גט שחרור כו' ע"ש וכן הקשה הפני יהושע בגיטין דף ל"ח על רש"י שכתב דיאוש הוי הפקר והרבה להשיב עליו. ולענ"ד נראה לתרץ שיטת רש"י על נכון דהא ודאי גם רש"י מודה דהיכא דאמרינן דסתמ' מייאש כגון באבידה בדבר שאין בו סימן או בגזל אי נימא דסתמא מייאש ולא שמעינן בהדיא דמייאש בכה"ג ודאי לא אמרינן דהוי הפקר דאין הפקר מועיל בלב וכמ"ש הר"ן ז"ל ריש פסחים דהפקר בלב לא מהני וא"כ לא הוי רק יאוש בעלמא (והיינו דמסתמא הוא מצטער על חסרון ממונו וסובר שלא יוחזר לו לעולם אבל מ"מ אין אנו אומרים דמן הסתם אפקורי מפקר לי' דלמה יעשה זאת ולא עדיף מאלו אמר בהדיא ווי לחסרון כיס דאינו הפקר כמו שיתבאר אי"ה ולפי"ז אף אם הוא באמת מפקירו בלב אין בו דין הפקר דדברים שבלב הם) אבל היכא דאמר בפירוש נתייאשתי מפלוני עבדי וכה"ג כיון דיאו' לשון הפקר הוא מה"ת נאמר דלא מהני. ובזה נסתלקו קושיית הפני יהושע בגיטין שמ"ש שם דא"כ למה כתב רש"י בסוכה דלקרקע לא מהני יאוש הא יאוש הוא מטעם הפקר והפקר מהני בקרקע ולפמ"ש ניחא דהא התם ביאוש סתמא מיירי ואין עליו תורת הפקר. ועפ"ז אפשר לפרש ג"כ דברי הירושלמי שהביאו התוס' שם בסוכה ד"ה וקרקע אינה נגזלת ע"ש ואין להארי' וגם מ"ש הפ"י על דברי רש"י שם בגיטין ג"כ ניחא דהרי התם בגזלן גוי מיירי דסתמא לא הוי יאוש בעלים וא"כ ע"כ כשנתייאשו הבעלים בפירוש מיירי וכ"כ ג"כ הפ"י שם בד"ה רשב"ג אומר ע"ש (אבל באמת אין זה הוכחה כ"כ די"ל דבגייס אפילו בגוי סתמא הוי יאוש ומ"ש הפ"י דמהך דהמציל מן הגייס מוכח דאפילו בגייס לא הוי יאוש בגוי אין זה הוכחה כמבואר להמעיין בתשובת רשב"א סוף סי' תתקס"ח דהתם בשיכו' להציל ע"י הדחק ע"ש ועוד לפמ"ש לקמן אפשר שנתייאש בלשון ווי לח"כ =לחסרון כיס= ואין זה הפקר אבל עכ"פ אין מקום קושי' על רש"י) וא"כ שפיר כתב רש"י שהפקירו רבו כשנתייאש ממנו משום דיאוש בפירוש הוי הפקר. ולפי"ז ניחא מה שהקשה הפ"י שם דהיאך קני לה שבאי ביאוש הא באיסורא אתי לידי' וא"כ בעינן יאוש וש"ר =ושינוי רשות=. ולפמ"ש ניחא דכיון דהוי הפקר אין לחלק כלל בין היתרא לבאיסורא כקושיית התוס' והפ"י וכי אמרינן דבעי יאוש וש"ר דוקא ביאוש סתמא דאז יש חילוק בין באיסורא לבהתירא ולכך בעינן ש"ר כי היכי דלהוי בהתירא אבל ביאוש בפירוש א"צ כל זה:

ולפמ"ש מתפרש סוגיא דנזיר דף ס"ב בפשיטות טפי אליבא דרש"י דקאמר לימא בדשמואל קמיפלגי כו' והיינו דמעיקרא הוי ס"ד כיון דברח וסתמא הוי יאוש בעלים להמפקיר עבדו דמי אבל למסקנא ס"ל דברח שאני אף על גב דסתמא הוי יאוש בעלים כמ"ש התוספת שם מ"מ לא הוי רק יאוש כדי אבל מפקיר שאני אלא דיש להקשות מהא דאמרינן בקידושין דף ע"ב לעולם שמואל דאמר לטובה והא דקאמר מישן אין בה משום עבדות שמואל לטעמי' דאמר המפקיר לעבדו כו' וכתב רש"י שם משום דיאוש הוי הפקר ולפי מ"ש צ"ל דהתם ג"כ נתייאשו מהם בפירוש ועפי"ז הי' אפשר ליישב קושיית התוס' בהחולץ שהקשו אהא דקאמר כל האומר מבית חשמונאי כו' הא הוי בכלל המפקיר עבדו ולפמ"ש י"ל דהת' בבית חשמונאי לא נתייאשו מהם בפירוש אבל לכאורה זה דוחק לומר דמהנך עבדים שנשתלחו למישן ידוע שבעליה' נתייאשו מהם בפירוש וכדי ליישב היינו צ"ל דלענין עבד גם רש"י מודה לסברת התוספת דהיכא דלא הוי הפקר רק יאוש סתם אין רשות לרבו עליו מקרי כמ"ש התוספת בב"ק ויש לדייק כן מלשון רש"י שם בקידושין שכתב שמואל לטעמי' דאמר עבד שאין לרבו רשות עליו אין קרוי עבד והני נמי כיון שגזלום ונתייאשו מהם כו' ולשונו לכאור' תמוה בהא דנקט סיפא דמילתא דשמואל הא לרש"י הוי ממש הך דינא דשמואל אע"כ כמ"ש דהכא כיון דלא הוי רק יאוש גרידא א"כ ליכא למילף מדשמואל רק מדקאמר עבד שאין לרבו כו' ובכל דוכתא כתב רש"י יאוש הוי הפקר רק בההי' דנתייאשתי מפלוני עבדי דגיטין דף ל"ט כתב רש"י יאוש לשון הפקר הוא משום דהתם מיירי בעבד שלא נשבה כלל ולא ברח רק הוא בביתו ולא שייך בכה"ג יאוש כיון דבביתו הוא לכך כתב שהוא לשון הפקר ממש אבל באמת י"ל דאף אי ס"ל דיאוש לא מהני בעבד רק הפקר אפ"ה אין קושיא מההיא דעבדים שנשתל' למישן דשאני התם שגם הבעלים נשבו עמהם ובכה"ג לא ס"ד דלא מייאש ואפקורי מפקיר לי' ואפילו עומד וצווח נעשה כמי שצווח על ביתו שנפל והוי הפקר ממילא וכדאיתא בתוס' בב"מ בעובדא דר' ישמעאל בר"י אהא דגיגית נר וקדרה אפקורי מפקר להו היינו דאנן סהדי דמפקיר להו בלבו כו' ור"ל דהוי אומדנא דמוכח והכי איתא בדוכתי טובא וה"נ דכוותה ועוד דהא כבר נשתקע שם הבעלים מהם ובכה"ג אפילו בקרקע מהני יאוש ועכ"פ זכינו לדין שלשיטת רש"י יאוש בפירוש הוא הפקר גמור:

### שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא - אבן העזר סימן עז

ומה שהעליתם במצודת שכלכם הזך לתרץ מה שתמהו האחרונים על הרמב"ם דכאן בפ"ה מאישות כתב המקדש בגזל או בגנבה וכו' אם נתייאשו הבעלים כו' דמשמע דגם בגניבה בעינן שנודע שנתייאש וא"כ ס"ל סתם גניבה לא הוי יאוש ובהל' כלים פרק כ"ד פסק דסתם גניבה הוי יאוש בעלים ועיין בלח"מ שם בהל' אישות, ועל זה אמרתם לתרץ והמצאתם סברא חדשה לחלק בין יאוש ליאוש דיאוש סתמא לאו מתורת הפקר הוא והבאתם דברי תוס' בב"ק ס"ו ע"א בד"ה כאן דבאיסורא אתי לידיה שכתבו מכאן משמע דיאוש אינו כהפקר גמור דאל"כ אפי' באיסורא אתי לידיה יכול לקנות מן ההפקר והא דאמר בהשולח נתייאשתי מפלוני עבדי דלא בעי גט שחרור וכו'. והנה באתם לתרץ קושית התוס' הזו דיאוש סתמא שהוא ממילא שמסתמא מתייאש אף דיאוש הוי הפקר מ"מ אין הפקר בלב מהני אבל באומר בפירוש שהוא מתייאש הוי הפקר גמור ומהני אפי' אתי לידיה באיסור ולכן האומר נתייאשתי מפלוני עבדי הרי מייאשו בפיו בפירוש ולכן הרי הוא מפקירו ממש, וחידשתם בזה דאף דאנן קיי"ל יאוש כדי לא קנה ובעינן שינוי רשות עם היאוש היינו ביאוש סתם אבל אם מייאשו בפיו שאמר אני מתייאש מזה לא בעינן שינוי רשות וקונה הגנב או הגזלן בעצמו ועפ"ז חידשתם דבר חדש שאף שקיימ"ל בחו"מ סי' שנ"ג דאף דיאוש ושינוי רשות קני מ"מ בלוקח מגנב מפורסם צריך להחזיר הדמים לבעלים היינו בסתם יאוש שאינו מטעם הפקר ולא קנאו הגנב בעצמו רק הקונה ממנו הוא שקנאו ובאיסורא אתי לידיה כמו שכתב הש"ך בס"ק וי"ו שם אבל אם נתייאש בפירוש שאמר שמייאש והוה הפקר וקנאו הגנב עצמו ושוב בהיתרא בא ליד הקונה אפי' קנה מגנב מפורסם א"צ להחזיר אפי' הדמים. ועפ"ז תירצתם קושית הב"ש בסי' כ"ח ס"ק ג' דאיך מקודשת להרמב"ם כיון דלהרמב"ם בגנב מפורסם צריכה להחזיר הדמים וא"כ במה מקדשה ואי מיירי בגנב שאינו מפורסם קשה ממ"נ אם לא גילה לה שהוא גנב יכולה למימר אין רצוני להתקדש בגניבה ואם גילה לה א"כ ליכא תקנת השוק וצריכה להחזיר הדמים ע"כ דברי הב"ש. ואתם ע"פ דרככם תרצתם דלכן כתב הרמב"ם ונודע שקנה הדבר ביאוש היינו ששמעו היאוש בפירוש וא"כ קנה הגנב עצמו הגניבה וא"צ האשה להחזיר הדמים וג"כ תירצתם בזה שאין דברי הרמב"ם הללו סותרים דבריו בהל' כלים דבאמת גם כאן סובר הרמב"ם דסתם גניבה הוא יאוש בעלים ואפ"ה אינה מקודשת משום קושית הב"ש שהרי צריכה להחזיר הדמים לכך בעינן נודע שקנה דהיינו שקנאו הגנב עצמו דהיינו שנתייאש בפירוש והוה הפקר, זהו שורש דבריכם ותירצתם בזה עוד כמה קושיות במקומות הרבה:

אהובי ידידי חדאי נפשי בפלפולכם ודילידא אמא כוותייכו תלד כי כל דבריכם בפירוקי הקושיות בכמה מקומות מתוקים מדבש ונופת צופים, אבל אעפ"כ אומר אני דבש מצאתם ושבעתם אבל תקיאוהו כי עיקר הבנין לחלק בין יאוש ליאוש ולומר שיאוש בפירוש הוא תורת הפקר וקנאו הגנב או הגזלן בעצמו הוא קו תוהו ובניתם כמה בנינים על אבני בוהו כי הוא דבר שאי אפשר לאומרו לדידן אליבא דהלכתא. ומתחלה אני אומר לדבריכם מה תענו בדברי הגמ' במס' ב"ק דף ס"ח ע"ב דקאמר ר"א תדע דסתם גניבה יאוש בעלים הוא שהרי אמרה תורה טבח ומכר משלם ד' וה' ודלמא לא אייאש וכו' דומיא דטביחה דמהני מעשיו וכו' פירוש דלאחר יאוש מהני מעשיו מעשה המכירה דהוי יאוש ושינוי רשות ודלמא דשמעינן דאייאש וכו' ע"ש. ולדבריכם דהיכא דשמעינן דאייאש קנה הגנב עצמו מטעם הפקר א"כ איך חייב ד' וה' והרי שלו הוא מוכר כדמוכח שם בסוף העמוד דהיכא דקנאו הגנב קודם המכירה תו לא מיחייב דשלו הוא מוכר וזה הוא פליאה על דבריכם:

ועוד איך משכחת בזה הפקר ואפי' אמר בפירוש אני מפקיר וכי מהני מתורת הפקר והלא אנן קיי"ל כר' יוחנן שם גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו וכשם שאינו יכול להקדיש כך אינו יכול להפקיר וכמפורש שם בב"ק דף ס"ט ע"ב כי איכא ברשותיה הוא דמצי מפקיר וכו'. שוב פקחתי עיני ומצאתי שגם בעל פני יהושע בגיטין דף ל"ח הרגיש בזה דלא מצינן לומר יאוש מטעם הפקר מטעם שכתבתי והנאני שכוונתי לדעתו בזה. ואמנם מה שכתב הפ"י שם לתרץ דברי רש"י שם שכתב שהשבאי קנאו בחזקת יאוש הוא משום דעבדא כמקרקעי דמי ובקרקע יכול להקדיש ולהפקיר משום דבחזקת בעליהן עומדת והביא ראיה ממסותא דבריש ב"מ דף וי"ו /ו'/, אני תמה והלא אין הפרש בין מקרקעי למטלטלי בזה אלא היכא דיכול להוציא בדיינין דבמטלטלי אפ"ה אינו יכול להקדיש כיון שאינו ברשותו ובמקרקעי יכול להקדיש אבל כשאין לו כח להוציא בדיינין אפי' קרקע אינו יכול להקדיש כמבואר בש"ע חו"מ סי' שנ"ד בסופו וכן הוא ברמב"ם פ"ו מערכין הל' כ"ג וכן הוא מפורש במס' ב"מ שם דף ד' ע"א דמוקי לה במסותא קרקע ועלה קאמר שכל שאינו יכול להוציאו בדיינין אינו קדוש ע"ש, וא"כ אטו היה בעל העבד יכול להוציא מן השבאי בדיינין אתמהה אם היה יכול להוציאו לא היה מתייאש ובודאי אין חילוק אם אינו יכול להוציאו מפני אלמותו או מחמת שאין לו עדים שהרי לא אברו סהדי אלא לשקרי, ומה שכתבו התוס' בדף ס"ו ע"א שם במסכת ב"ק בד"ה כיון דבאיסורא מכאן משמע דיאוש אינו כהפקר דא"כ אפי' בתר דאתי לידו באיסורא יכול לקנות מן ההפקר והא דאמרינן בהשולח נתייאשתי מפלוני עבדי דלא בעי גט שחרור אי אמרינן המפקיר עבדו א"צ גט שחרור לא משום דאי מתייאש מיניה וכו'. ולפמ"ש תמוה תרתי תמיהי, חדא דמה מספקא להו שיהיה מטעם הפקר והלא אינו יכול להפקיר מה שאינו ברשותו, ועוד מה קשיא להו מהשולח דלמא להכי לא מהני כאן מטעם הפקר משום דלא מצי מפקיר ליה לפי שאינו ברשותו ולכן כאן אין היאוש מטעם הפקר אבל האומר נתייאשתי מפלוני עבדי מיירי שהעבד עדיין ברשותו ולכך הוי הפקר:

ואמנם עיינתי שם בפ' השולח ולא מצאתי שם כלל לשון זה נתייאשתי מפלוני עבדי ובודאי כוונת התוס' למה שאמרו שם בגמ' /גיטין/ בדף ל"ח ע"א ושמואל לא מבעיא שיעבודא דלא משעביד בה אלא אפי' גיטא דחירותא נמי לא אצרכה שמואל לטעמיה דאמר שמואל המפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שיחרור ע"ש, וא"כ שפיר הקשו דהרי גם שם אשתבאי הך אמתא דמר שמואל ולא היתה ברשותו להפקירה, אלא דאכתי מה קשיא להו ודלמא רבה סבר כר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו שניהם אינן יכולים להקדיש והה"ד להפקיר כנ"ל ולכך לדידיה יאוש אינו מטעם הפקר ושמואל שם בהשולח אולי כצנועין ס"ל וכמו ריש לקיש דאמרינן בב"ק דף ס"ח ע"ב דס"ל כצנועין דיכול להקדיש אף כשהוא ביד הגזלן או הגנב ולכך שפיר לא אצרכה גיטא דחירותא מטעם הפקר. ונלע"ד דהתוס' הוכיחו לעצמן דע"כ יאוש אינו מטעם הפקר דאי מטעם הפקר א"כ איך מדמה ליה רבה לאבידה דקאמר מידי דהוה אמוצא אבידה והרי זה פשוט דאף לר' יוחנן דקאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים וכו' מודה הוא שהפקדון אף שהוא מופקד ביד אחרים כל זמן דלא כפר בו יכול המפקיד להקדישו דכל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא וכן הוא מפורש בדברי הרמב"ם בפ"ו מערכין הל' כ"ב. ונלע"ד דהה"ד אבידה שנאבדה כל זמן שלא מצאה שום אדם או אף אחר שמצאה אם זה שמצאה נטלה על דעת להחזירה אז כל מקום שהיא ברשות בעלים היא ויכול להקדישה וא"כ רצה רבה למילף מאבידה אם יאוש מטעם הפקר א"כ שאני אבידה דכי היכי שיכול להקדישה יכול הוא להפקירה אבל גזילה כי היכי שאינו יכול להקדישה כך אינו יכול להפקירה ולכך לא מהני יאוש אלא ע"כ אי מטעם הפקר רבה כצנועין ס"ל וא"כ דכצנועין ס"ל שפיר הקשו דגם בתר דאתא לידיה באיסור יכול לזכות מן ההפקר. זה הנלע"ד בכוונת התוס'. ובדף ס"ט ע"א בתו' ד"ה כל שלקטו וכו' שם לא פלפלו התוס' דיאוש הוא הפקר אלא אם יאוש פוטר מן המעשר כמו הפקר ומה שכתבו שם ועוד דלמה לא יועיל כל שלקטו לכ"ע וכו' ג"כ אין הטעם משום הפקר אלא משום דשם קיימו התוס' למ"ד יאוש כדי קני וא"כ עכ"פ לא גרע כל הנלקט מיאוש ואף דלא מהני מתורת הפקר מ"מ יהא מועיל מתורת יאוש ובחנם נדחק הפ"י במס' גיטין שם בכוונת דברי התוס' הנ"ל:

ועכ"פ זה ברור בלי ספק דלדידן דקיי"ל כר' יוחנן דשניהם אינם יכולין להקדיש כך אינו יכול להפקיר ומעתה אפילו הפקיר בפירוש בלשון הפקר לא מהני וק"ו דיאוש אף שייאשו בפירוש דלא מהני שיזכה בו הגזלן או הגנב. ובזה בטלו כל דבריכם כי בהתרועע היסוד נפל הבנין ותמהני על תרי גברי רברבי כוותייכו אחר אשר ראיתם דברי הפ"י בפ' השולח שהבאתם דבריו איך לא הרגשתם בזה שהרי הוא מביא שם שאינו יכול להפקיר:

### חזון איש, בבא קמא יח, ג

<http://beta.hebrewbooks.org/pdfpager.aspx?req=40918&st=&pgnum=151>

### שו"ת אגרות משה יורה דעה חלק א סימן קנ

אבל תליא בגדר יאוש שמהני באבידה אם הוא מטעם הפקר ואף שאינו הפקר גמור מ"מ באבידה שאינה ברשותו סגי ביאוש נמצא בספק אם נתייאש כגון בבעיות דכשיר ושורה דאם הניח לא נתייאש ואם נפל נתייאש שהוי ספק דין קודם ספק האיסור דהא רק כשהוא של האובד חייב בהשבה ולכן כיון שמדין ספק ממונא נפסק לקולא שהוא של המוצא ליכא שוב איסור. ואם נימא בגדר יאוש שאינו מדין הפקר אלא שבאבידה מהני משום שנסתלק בהיאוש מצות השבת האבידה שאינו מחוייב להטריח ולבקש הבעלים לא ע"י עדים ולא ע"י הכרזה וממילא נעשה הפקר בזה שנסתלק כל עניני בעלותו ונעשה אבוד גמור כמו זוטו של ים דהתם נעשה אבוד גמור במה שנסתלק כל עניני בעלות מהחפץ בזה שאבודה מכל אדם, וביאוש ג"כ נסתלק כל עניני בעלותו של האובד דכיון שא"צ להחזיר לו הוא אבוד לגמרי, דכל מעלת מצויה אצל כל אדם הוא משום שהמוצא יחזירנה לו מצד חיובו ולכן לא הוי אבוד ממנו לגמרי אבל ביאוש שאף שמצויה אצל כל אדם לא יחזירו כיון שליכא חיוב עליהם הוא אבוד לגמרי שנעשה ממילא הפקר. והטעם שליכא דין השבה ביאוש דלא חייבה תורה להשיב רק כשהבעלים חושב אודות חפצו ומחזיק עצמו לבעלים עליו ולא כשנתייאש וסילק בעלותו מעליו אף שעדין אינו הפקר לא חייבתו תורה להשיב ומאחר שא"צ להשיב נעשה ממילא אבוד לגמרי ונסתלק בעלותו ונעשה הפקר. (וכמדומני ששמעתי ממו"ר הגר"פ פרוסקין סברא זו) ונמצא לפ"ז שמתחלה יש לדון על האיסור וחיוב העשה להשיב אם יש עליו על חפץ זה שבזה יש לדון ככל ספק איסורא לחומרא וממילא אינו הפקר וצריך להחזיר.

ובזה יש לפרש מחלוקת הרמב"ם והרא"ש דהרמב"ם סובר שיאוש הוא הפקר מצד עצם היאוש שמועיל בדבר שאינו ברשותו ולכן הוא בדין ספק ממון לקולא. והרא"ש סובר כטעם ב' ולכן הוא ספק איסור לחומרא.

וא"כ לא שייך זה אלא כשהספק הוא אם פטור מהשבה משום שהיה יאוש או שחייב משום שלא היה יאוש כגון בעיות דכשיר ושורה, אבל ספק כזה שא"צ להחזיר אף בלא יאוש כגון ספק עכו"ם ספק ישראל שאם הוא של עכו"ם אף שלא נתייאש א"צ להחזיר לו דהתורה הפקיעה בעלות העכו"ם מאבידתו וזיכתה להמוצא כדילפינן מקרא דומצאתה דאתאי לידיה משמע שלכן כשנעשה ספק הוה הנידון תחלה על הממון שיש לפסוק לקולא כדין ספק ממון ושוב ליכא מ"ע ולאוין דהשבה אף להרא"ש. ולכן ניחא שאף שהרא"ש פוסק בספק דכשיר ושורה להחמיר מ"מ במע"מ ישראל ועכו"ם פטור מלהחזיר. אך יש לעיין בבעיות ר' ירמי' בחצי קב בב' אמות וקביים בח' אמות שהוא במכנשתא דבי דרי דאבידה מדעת היא בקב בד' אמות ומספקא ליה בחצי קב בב' אמות ובקביים בח' אמות אי הוי אבידה מדעת או לא ואם אבידה מדעת היא הוי הפקר ונמצא שהספק הוא בדינא ולא באיסור ומ"ט פסק הרא"ש גם בזה לחומרא. וצריך לומר שהרא"ש יסבור דאבידה מדעת לא הוי הפקר בעצם אלא ג"כ משום שאין מחוייבין להחזירה ומייאש ממנה בשביל זה ומועיל היאוש אף אחר שנטל' דכיון שלא נתחייב בהשבה הרי היא כמונחת בקרקע כדאיתא בקצה"ח סי' רס"א סק"א. ואף אם לא איירי בנפילה מ"מ מאחר שאין מחוייבין להחזיר לו כיון שלא איכפת ליה והוא בעצמו לא יקחם מצד עצלותו מתייאש מזה ונעשה ממילא הפקר. ונמצא שגם באבידה מדעת דמכנשתא דבי דרי צריך לסלק מתחלה מ"ע דהשבה דאם היתה מ"ע דהשבה אף באבידה מדעת מאחר שלא הפקיר, לא היה הפקר ולכן הבעיות דחצי קב בב' אמות וקביים בח' אמות הוי הספק באיסור שהוא לחומרא להרא"ש כמו בכל ספק יאוש. ולהרמב"ם נצטרך לומר או שבמכנשתא דבי דרי הוא הפקר ול"ד לשאר אבידה מדעת או כיון שמה שהוא אבוד מדעת עשה שיועיל היאוש אחר שנטלה כדמפרש הקצה"ח לדעת הרמב"ם והיאוש הוא הפקר מצד עצמו להרמב"ם כדבארתי לכן הוי ספקו לקולא. זהו מה שנראה במחלוקת הרמב"ם והרא"ש באבידה אם ספיקו לקולא או לחומרא והחלוק להרא"ש בין ספק עכו"ם לספק יאוש.

1. ביוגרפיה - מחנה אפרים, רבי אפרים נבון, נולד בשנת תל"ז (1677) - נפטר בשנת תצ"ה (1735) ספר "מחנה אפרים" כולל שאלות ותשובות וחידושי דינים - סביב הלכות במשנה תורה. שאלות ותשובות - והם רובו של הספר - דרכם נושא ונותן המחבר בהלכה ובדברי התלמוד ומפרשיו. וחידושים על הרמב"ם - והם הרוב - על הרי"ף, הטור, הרדב"ז והמהרי"ט.

   ספר "מחנה אפרים" הוא מן הספרים החשובים והמרכזיים ביותר בעולם הישיבות. חקירותיו, חידושיו וביאוריו הם מיסודות המשא ומתן התלמודי בעולם התורה - הספרדי והאשכנזי.

   "סגולותיו המיוחדות של הספר, הן בחלק אסוקי שמעתתא - צלילה לנבכי הסוגיות שבים התלמוד ודברי הראשונים והאחרונים, והן בחלק של אליבא דהלכתא - בירור יסודי ומקיף בפסק ההלכה והכרעתה".

   לספר נוספו (החל מן המהדורה השניה) הסכמות גדולי התורה: הרב יעקב משולם אורנשטיין - בעל "ישועות יעקב", הרב משה סופר - בעל "חתם סופר", הרב יוסף שאול הלוי נאטנזון - בעל "שואל ומשיב" ועוד. [↑](#footnote-ref-1)