

### השבת אבידה

לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים והתעלמת מהם השב תשיבם לאחיך וכו'. וכן תעשה לחמרו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבדת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה לא תוכל להתעלם (דברים כב, א, ג).

### גדר יאוש

והנה כידוע דנו האחרונים בגדר יאוש, הקצוה"ח (ס"ו תו) ונתיה"מ (ס"ו רסב) ותר"כ (ס"ו רסב) בית הלוי (הנ"ל) ועוד אחרונים כתבו שגדר יאוש הוא כהפקר דר"י, דעד דאתי לרשות זוכה הוי של הבעלים. והקצוה"ח מוכיח כדבריו מההיא דב"ק (סו, א) בסוגיא דיאוש קונה דמקשה הגמ' מהא דתנן גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך, והאי כיון דמטא עידן איסורא ודאי מייאש, ואי ס"ד יאוש קנה אמאי אומר לו הרי שלך לפניך, דמי מעליא בעי שלומי ליה, א"ל כי קאמינא אנא זה מתייאש וזה רוצה לקנות האי זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות, דאם איתא שע"י יאוש נפקע בעלותו לגמרי איך יכול לומר לו הרי שלך לפניך הרי אינו שלו, ומה בכך שאינו רוצה לקנות, עכ"פ כבר יצא מרשות הבעלים ואינו "שלו".

אבל מבואר בכמה ראשונים שיאוש הוי הפקר, רש"י בפ' אלו מציאות כתב כמה פעמים דהוי הפקר. וכן מבואר בכמה מקומות ברמב"ן, במסכת ב"מ (י, א) הק' הרמב"ן על ר"י דס"ל המגביה מציאה לחברו קנה חברו, א"כ ע"כ ס"ל נמי שהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה, ובכתובות (פד, ב) קאמר איהו גופיה דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה. ות"ל הרמב"ן דהכא אינו חב לאחרים הוא, דכיון דלא זכה בה אדם לאו חובה היא לו אם אינו מוצאה, ובעל אבדה גופיה הואיל וכבר היא אבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם בהאי הגבהה לא מפסיד ולא מידי יותר משאר בני אדם, ועוד שהרי נתיאש ויצאה מרשותו ביאוש, הרי לן שע"י יאוש יצא כבר מרשותו.

ועי"ע במסכת פסחים (לא, ב) בחנות של גוים, ופועלי ישראל נכנסין שם, שהדין הוא שחמץ שנמצא שם אחר הפסח אסור בהנאה. ומפרש הרמב"ן לא מפני שאומרין שמא מיד פועלי ישראל נפל בפסח, דהא ליכא למימר, שלא נחשדו ישראל על כך, אלא שמא מיד פועלי ישראל נפל קודם הפסח ואין בעל החנות זוכה בו משום מציאה שהרי שנינו (ב"מ כו, ב) מצא בחנות הרי אלו שלו, וכיון שאין בעל החנות זוכה בו אלא הרי הוא של מוצאו, כל זמן שלא זכה בו אדם ברשות הבעלים הראשונים הוא עומד, ולא מיבעיא למ"ד במס' נדרים (מג, א) הפקר כמתנה מה מתנה עד דאתיא לרשות מקבל, דה"ל חמץ של ישראל שעבר עליו הפסח שאסור בהנאה, אלא אפילו למאן דלית ליה הכי, הכא גזרינן. הרי לן שהרמב"ן תולה גדר יאוש במחלוקת לגבי הפקר, ולמ"ד שם שיצא מרשותו מיד, ה"נ ביאוש כך.

### חמץ שעבר עליו הפסח

[ממשיך הרמב"ן דשמעינן מהכא דכי קניס ר"ש בחמץ של ישראל שעבר עליו הפסח, לאו דוקא בעבר עליה בבל יראה ובל ימצא, אלא בין שוגג בין מזיד בין באונס בין ברצון קנסינן, דהא חמץ זה קודם הפסח אבד הימנו, והרי הוא של מוצאו ולא עבר עליו כלל בבל יראה ובל ימצא, ואעפ"כ אסור לאחר הפסח, וטעמא משום קנסא דהא מני ר"ש היא כדפרישית. ומביא עוד ראיה מההיא דגרסינן בב"ק (צו, ב) גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך, אלמא אסור הוא בהנאה בין לו בין לאחרים אע"פ שלא עברו בעליו בבל יראה ובל ימצא. דאין לומר שהגזלן חייב לבערו ועבר עליו משום הכי אסור, שהרי אין קנס זה אלא לבעלים הראשונים, והם לא עברו עליו בכלום, אלא ש"מ שקנס זה בין בשוגג בין במזיד בין באונס בין ברצון בין לו בין לאחרים. וכ"ז דלא כמ"ש בשו"ת נודע ביהודה (מהדו"ק או"ח סימן כ) וז"ל בתו"ד אולי באמת מותר הוא בהנאה להגזל, דלמה נקנס לאסור חמצו של הנגזל עבור מה שהגזלן עבר בבל יראה, ואיך נקנס הגזלן בדבר שאינו שלו ולא איכפת לו בו כלל, שהרי הוא מחזירו לנגזל. ועי"ש בהערות על הנוב"י שהק' עליו מסוגיא דב"ק (הנ"ל) דאמרין ד"כיון דמטי עידן איסורא ודאי מיאש", ולפי המוב"י דכשהחמץ נשאר ביד הגזלן עד אחר הפסח מותר בהנאה ובאכילה, וא"כ מאי פסקיה שהנגזל מיאש בעידן איסורא.]

וליישב קושיית הקצוה"ח צ"ל כמ"ש ההגהה בספר תרוה"כ (שם) שאע"פ שאין החפץ של הנגזל עדיין יכול לומר הש"ל, ומקיים בזה עשה של והשיב את הגזילה אשר גזל, ורק היכא שהגנב קנה החפץ ונתחייב בתשלומי דמים, אז אינו יכול לקיים מצות השבת ע"י החזרת החפץ שאינו שוה כלום, והוא כבר נתחייב לשלם דמים.

### האם איסוה"נ נחשב "שלו"

על דרך זה יש ליישב עוד קושיא, דהנה דנו הפוסקים האם יש בעלות באיסורי הנאה. שיטת הרשב"א (גדרים פה, א) שאיסוה"נ אינו שלו, דאמרינן התם שהאוסר כהנים מליהנות לו יטלו כהנים בע"כ, ומפרש רבא משום דתרומה לא חזיא אלא לכהנים וכיון דאסריה עלייהו שוייה עפרא בעלמא, וכתב הרשב"א דמהא שמעינן שהאוסר הנאת פירותיו על עצמו יכולים אחרים ליטול אותם בע"כ. הרי לן שס"ל להרשב"א שאיסוה"נ אינו שלו, ואפילו דבר הנדור שאפשר לשאול עליו.

### אתרוג של ערלה

אבל בפשטות הריטב"א (סוכה לה, א) ס"ל דיש זכיה באיסוה"נ, שדן שם על פסול אתרוג של ערלה, דנחלקו רבי חייא בר אבין ורבי אסי בטעם הפסול, חד אמר לפי שאין בה התר אכילה, וחד אמר לפי שאין בו דין ממון, ופירש הראב"ד דבריים כפשוטן שהוא אסור באכילה ולא קרינא ביה לכם, וחד אמר לפי שאין בו דין ממון ולא קרינא ביה לכם. ומסקינן דפליגי בדבר שראוי לאכילה בלבד ואינו ראוי ליהנות ממנו בענין אחר, כגון מעשר שני בירושלים למאן דאמר ממון גבוה הוא, דמר סבר כיון דחזי ליה לאכילה לכם קרינא ביה, ומר סבר כיון דלית בה דין ממון לא קרינא ביה לכם, ואינו יוצא בו ביום ראשון מיהת. הריטב"א חולק עליו דאם כן פסולא דשל ערלה לא הוי אלא ביום ראשון, ואילו תנא פסיק ותני לא שנא יום טוב ראשון ולא שנא ביום שני, דומיא דשל אשרה ושל עיר הנדחת, ותו דודאי כל מידי דהוי זידיה וברשותיה דלית ביה זכות לאחריים לכם קרינא ביה, תדע דבמעשר שני דפליגי אי הוי לכם או לא היינו לרבי מאיר דאמר מעשר שני ממון גבוה הוא, אבל לרבנן דאמרי ממון הדיוט הוא לכם קרינא ביה ואף על פי שאין בו דין ממון, וזה ראייה גמורה. הרי לן דס"ל יש זכיה באיסוה"נ. כדברי הריטב"א סובר נמי ההריב"ש (סי' ת"א).

הקצוה"ח (סי' תו) מוכיח מגמ' (ע"ז מב, א) שיש בעלות באיסוה"נ, דאמרינן התם עובד כוכבים מבטל עבודת כוכבים שלו ושל חברו, וישראל אינו מבטל עבודת כוכבים של עובד כוכבים, ומק' הגמ' אמאי תיהוי כעבודת כוכבים שנשתברה מאליה, ומשני גזרה דלמא מגבה לה והדר מבטיל לה והוי עבודת כוכבים ביד ישראל, וכל עבודת כוכבים ביד ישראל אינה בטלה לעולם. הרי לן להדיא ששייך בעלות באיסוה"נ כדברי הריב"ש (הנ"ל).

[וכעין זה הוכיח האב"מ (כח, נו) מדברי הרמב"ם שכתב (חמץ ומצה א, ג) שאם קנה חמץ בפסח לוקה משום בל יראה, וע"כ דאיסורי הנאה אית ליה בעלים, דאלת"ה למה עובר בב"י וב"י. וחשבתי שאולי ליכא ראייה משם, שבחמץ הרי אמרו חז"ל (ב"ק כט, ב ופסחים ו, ב) שני דברים אינו ברשותו ועשאן הכתוב כאלו הן ברשותו, חמץ בפסח ובור ברה"ר, א"כ אולי גם לענין מי שקנהו ג"כ "עשאן הכתוב כאלו הן ברשותו", דלענין לעבור עליו הוי כמי שמותר בהנאה. אבל כתב האב"מ דשאני התם שכבר היה שלו ולא בטלו קודם פסח אז עשאן הכתוב כאלו הן ברשותו, אבל זה שקנה חמץ בפסח אי לאו דאיכא זכיה באיסורי הנאה ואית ליה בעלים, מה קנה].

אבל לכאורה דברי הריטב"א סתרי אהדדי, דהנה הריטב"א (עבודה זרה שם) כתב דאע"ג דכי מגבה לה איסורי הנאה היתה, ישראל זוכה באיסורי הנאה להשבה שלו להוסיף בהם איסור, מכאן לישראל הזוכה בחמץ בפסח שהוא אסור לאחר הפסח כדין חמץ גמור שהיה לו קודם הפסח שעבר עליו הפסח. משמע שהא דיכול לקנות איסוה"נ אינו אלא כדי "להוסיף בהם איסור", ואולי דבר זה נלמד מהא דאמרינן "עשאן הכתוב כאלו הן ברשותו", והבין הריטב"א שזה שאינו ברשותו אינו אלא לקולא, אבל לחומרא שפיר אמרינן שיש זכיה באיסוה"נ. ולפי"ז מיושב שיטת הרשב"א, שרק בע"ז יש זכיה כדי שלא יהיה ביטול, אבל בעלמא אין זכיה באיסוה"נ.

וכן הביא האבני מילואים (סימן כח, נו) מדברי הריטב"א (קידושין נו, ב) שאין בעלות באיסה"נ, שכתב שם ליישב קושיית הראשונים למה קידשה בערלה אינה מקודשת, הרי עפרה מותר, ותירץ הריטב"א דאפי' יש באפרו שו"פ כיון דהשתא לית בהו דין ממון אינה מקודשת, דכי שריף להו לבערינהו לאו דידיה נינהו וכל הקודם זכה באפרן. וכתב האב"מ דמשמע מדברי הריטב"א דאיסור הנאה לית ליה בעלים כלל, ומש"ה כל הקודם זכה באפרן.

### **שלו ואינו ברשותו**

אמנם על עיקר השיטה שיש בעלות באיסה"נ יש להעיר מההיא דפסחים (ו, ב), דאמרינן התם שה"ט שאינו יכול לבטל חמץ לאחר זמן איסורו משום ד"לאו ברשותיה קיימא" ולא מצי מבטיל, דאמר רבי אלעזר שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו ברשותו, ואלו הן בור ברשות הרבים וחמץ משש שעות ולמעלה, משמע שאין זכיה באיסה"נ.

ותי' הקצוה"ח (סימן תו, ב) שאע"פ ש"ל להריטב"א שאיסוה"נ הוי "שלו" אבל מודה הוא "שאינו ברשותו", ולכן אינו יכול להפקיר איסה"נ. וכן מביא מרש"י (ב"ק מה, א) בהא דאמרו שם שור הנסקל משנגמר דינו מכרו אינו מכור הקדישו אינו מוקדש, ופרש"י אינו מוקדש דלאו ברשותיה קאי לאקדושיה, וא"כ ה"ה לאפקוריה אינו ברשותו.

ואם כנים הדברים יש ליישב מה שהקשינו מדברי הריטב"א למס' ע"ז ש"ל שאינו יכול לקנות איסה"נ, דלפי הקצוה"ח ניחא, שאע"פ שיש בעלות באיסה"נ אבל אינו ברשותו לעשות קנין. עוד יש להעיר על עיקר דברי הקצוה"ח, שהרי הריטב"א למס' סוכה (שהקצוה"ח בא להסביר) כתב וז"ל **כל מידי דהוי דידיה וברשותיה**, משמע דלא לכד שמקרי "שלו", אלא מקרי גם "ברשותו".

### **ראיות האחרונים**

האחרונים מביאים ראיה שאין בעלות באיסה"נ מסוגיא דב"ק שהבאנו לעיל, שהגמ' מקשה מהא דתנן גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך, והאי כיון דמטא עידן איסורא ודאי מייאש, ואי ס"ד יאוש קנה אמאי אומר לו הרי שלך לפניך, דמי מעליא בעי שלומי ליה. והקשו האחרונים דאם איתא דאסה"נ אינו שלו, אפילו אם נאמר שיאוש אינו קונה איך יאמר הרי "שלך" לפניך, הרי אינו שלו שכבר נאסר בהנאה.

### **אינו שלו או היתר לקחת**

והנה הנתיבה"מ (סימן רעה) דן על הא דאמרינן שהיכא שאסר נכסיו בנדר בע"ח באין ונפרעין מהן, והא כתב הרשב"א שמודר הנאה מנכסיו יכולים כל אחד לבא ולקנות הנכסים א"כ אין כאן פריעת החוב אלא לוקח מהפקר, וחידש דהפקר זה של איסור הנאה חלוק משאר הפקר, דהא לא הפקירו בפה, והפקר צריך שיאמר בפה הרי זה הפקר, רק דכיון שכל אדם יכול ליטלו באין מוחה, איאוש מייאש נפשיה מיניה, וכיאוש חשיב ולא כהפקר, וביאוש כתבו התוס' (ב"ק סו, א) דיאוש אינו כהפקר גמור, וכבר ביאר לעיל (סימן רסב, ג) דהיינו דבהפקר קיי"ל דאף דלא אתי ליד זוכה יצא מרשותו, משא"כ ביאוש בעינן דוקא דאתי ליד זוכה, וכל כמה דלא אתי ליד זוכה ברשות בעלים קאי, ומשו"ה כשהבע"ח תפסו בשביל פרעון חוב ולא לזכות מהפקר, נפרע זה מחובו. ולפי"ז מיישב קושיא הנ"ל מההיא דבב"ק, דאם נאמר דגדר איסה"נ הוי כיאוש והוי עדיין של הבעלים ניחא איך יכול לומר הרי שלך לפניך.

### **גדר בטול חמץ**

אבל לענ"ד מבואר ברמב"ן שאיסוה"נ הוי אינו שלו לגמרי, כהפקר דרבנן ולא כהפקר דר"י. דהנה הראשונים דנים מה הגדר של ביטול חמץ, ומביא הרמב"ן (פסחים ד, ב) שיטת הראשונים שביטול הוי משום הפקר, והשיג עליהם הרמב"ן שהביטול דבר פשוט הוא בגמ' דמועיל בלא מחלוקת, דאמרינן "מדאורייתא בביטול בעלמא סגי ליה", ואלו בהפקר איתמר בנדרים (מג, א) דלר' יוסי הפקר כמתנה מה מתנה עד דאתיא לרשות מקבל לא נפקא מרשות נותן, אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה לא נפיק מרשות מפקיר, ולהך סברא הפקיר חמצו כל זמן שלא זכו בו גוים עובר.

ולכן מפרש הרמב"ן שהביטול מועיל להוציאו מתורת חמץ ולהחשיבו כעפר שאינו ראוי לאכילה, והיתר זה מדברי ר' ישמעאל הוא דאמר (פסחים ו, ב) שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאלו הן ברשותו, לומר דכיון שלא הקפידה תורה אלא שלא יהא חמץ שלו ברשותו, ואיסורי הנאה אינן ממון ולא קרינן ביה לך, בדין הוא שלא יעבור עליו בכלום, אלא שהתורה עשאתו כאלו הוא ברשותו לעבור עליו בשני לאוין מפני שדעתו עליו והוא רוצה בקיומו, לפיכך זה שהסכימה דעתו לדעת תורה ויצא לבטלו שלא יהא בו דין ממון אלא שיהא מוצא מרשותו לגמרי שוב אינו עובר עליו, **דלא קרינא ביה לך כיון שהוא אסור** ואינו רוצה בקיומו.

הרי לן להדיא בדברי הרמב"ן שאיסה"נ אינו שלו לגמרי, ולא כ"הפקר דר"י", שהרי כשדן מצד הפקר הק' שלר"י לא מועיל שעדיין החמץ שלו, ואילו לפי פירושו ש"הסכים דעתו לדעת התורה", שהחמץ אינו שלו ולכן אינו עובר עליו, אז לא הוקשה לו מר"י, וע"כ דאיסה"נ הוי הפקר גמור. וכן מורה לשונו ש"איסורי הנאה אינו ממון ולא קרינן ביה לך". אבל א"כ הדרא קושיא לדוכתיה מסוגיא דב"ק שחמץ שעבר עליו הפסח יכול לומר לו הרי שלך לפניך.

וע"כ צ"ל כמו שהבאנו מהגהת תרוה"כ, שאפילו אם נאמר דהוי הפקר גמור עדיין יכול לומר הרי שלך לפניך הואיל והגזולן לא קנה החמץ ונתחייב בתשלומי ממון.

### **איסורא אתי לידיה בחצר**

הזכרנו דברי הרמב"ן שמצא בחנות אין בעל החנות זוכה באבידה שנמצא שם, ויש עוד כמה מקרים דומים שאין בעל החצר קונה, כגון הדין של מצא בגל ובכותל ישן ששואלים הראשונים למה אין בעל הכותל קונה האבידה. וכן בההוא גברא (בבא מציעא כג, ב) דאשכח כופרא בי מעצרתא אתא לקמיה דרב אמר ליה זיל שקול לנפשך, ומסיק רבי אבא דמשום יאוש בעלים נגעו בה דחזא דקדחי ביה חלפי, והק' הראשונים למה בעל המעצרתא לא קנה האבידה.

ותי' הריטב"א דהכא מיירי שהמעצרתא במקום שאינה משתמרת לדעת הבעלים. אבל הנימוקי יוסף (יב, ב בדפי הרי"ף) תי' זו"ל דקודם יאוש היה שם, **ולא עדיפא חצרו מידו**, דכל היכא דבאיסורא אתא לידיה לא זכי בה לעולם, כן כתב הרנב"ר ז"ל.

ועל דרך זה מצאנו בכמה וכמה ראשונים, הראב"ד הובא בשיטה מקובצת (לקמן כו, א) לגבי הא דאמרינן שאם היה משכירו לאחרים אפילו מצא בתוך הבית הרי אלו שלו, והק' הראשונים למה בעה"ב אינו קונה, ותי' הראב"ד וז"ל ושל בעל הבית אינו שתוכה לו חצרו לפי שאינה משתמרת לדעתו, הואיל ומשכירה לאחרים, ועוד שהרי באה מציאה שם לפני יאוש, הוא עצמו שמצא לפני יאוש אף על פי שנתיאשו הבעלים לאחר מכאן אינה שלו. וחוזר על היסוד בהשגותיו על הרמב"ם (גזלה ואבדה טז, ד) עי"ש שהר"מ כתב שהמוצא מעות בחנות על התיבה ואין צריך לומר מתיבה ולחוץ הרי הן של מוצאן, והק' למה לא תקנה החנות לבעל החנות, ותי' לפי שאינה חצר המשתמרת, ואף על פי שבעל החנות בתוכה צריך לומר תקנה לי חנותי. וכתב הראב"ד דיש מי שאומר שאפילו אמר תקנה לי רשותי לא קנה לו, לפי שבאה שם המציאה קודם יאוש **וחצירו כידו**. וכ"ה בריטב"א (הישנים כאן), במאירי (כאן), ברא"ש (סי' ט), וברשב"א (לקמן דף כה, ב דף כו, א ודף כו, ב), עי' לקמן שנדון בדבריהם.

והבינו כמה וכמה מגדולי האחרונים [מחנה אפרים קנין חצר (סי' ה), הגרע"א לקמן (כו, א) ש"ך (חור"מ רסח, יב) ועוד] הדברים כפשוטן, שכוונת הראשונים לומר שגם בחצר שייך איסורא אתי לידיה, ולכן אם היה כבר בחצירו קודם יאוש שוב אינו יכול לקנות. אבל הבנה זו קשה כמו שיבואר לקמן.

### **למה אינו יכול לזכות באבידה שאתי לידיה "באיסורא"**

דהנה ידועים הם שני טעמים בראשונים למה אין המוצא יכול לקנות אבידה דהוי באיסורא אתי לידיה, שיטת הרמב"ן במלחמות ה' בסוגיא דראה מציאה שנפל (כו, ב) דהוי "יאוש ברשות", ר"ל שהיות וכבר הרים האבידה נעשה שומר לבעלים וידו כידו, ולכן שוב לא מועיל יאוש הבעלים. שיטת התוס' (ב"ק סו, א) היא שאסור לזכות בו משום שכבר נתחייב בהשבה. א"כ יש לדון באבידה שנמצא בחצירו, שלכאורה שני הטעמים לא שייכים, שהרי אינו יודע בכלל שיש כאן אבידה, א"כ איך נתחייב בהשבה, שלכאורה דבר פשוט הוא שכל

חיוב השבת אבידה אינו אלא אחרי שראה האבידה, וכאן רק נמצא ברשותו. ולפי הרמב"ן ג"כ לא נעשה שומר, שהרי אפילו בנטלו ע"מ לגזולו כתב הרמב"ן שלא נעשה שומר אבידה משום שאינו מתכוון להשיבו, הרי לן שאינו נעשה שומר אא"כ מתכוון לשומרה, וכאן הרי אינו יודע שהאבידה קיים. ומש"כ הגרע"א (לקמן כו, א) שנתחייב בהשבה ע"י קנין חצירו צע"ט, דמה ענין קנין לחיוב השבה, הרי מוצא אבידה אין לו קנין כלל באבידה, ורק בגזולן מצינו מושג של קניני גזילה.

### לא עדיף מידו

ולכן נראה לענ"ד שאין כוונת הראשונים שיש כאן משום אאת"ל, אלא שיש כאן יסוד בגדר קנין חצר. דבאמת יש להעיר על כל הראשונים שכתבו שה"ט שאינו קונה בחצירו, משום דאילו היה בידו לו היה קונה, למה לא כתבו כפשוטו שגם בחצר שייך אאת"ל, אלא שהגדר הוא שכל דבר שאילו היה רוצה לקנות בעצמו אינו יכול, אז גם ע"י חצירו אינו יכול. וכן מדויק בלשונות של הראשונים, הנמו"י כתב וז"ל "ולא עדיפא חצרו מידו", וכעין זה לשון הראב"ד "וחצרו לא עדיפא מידו", ובהשגותיו על הרמב"ם "לפי שבאה שם המציאה קודם יאוש וחצירו כידו". וכלשון הזה מצינו גם בהרשב"א, "משום דחצרו לא עדיפא מידו".

ויסוד לזה נראה מסוגיא דלקמן (קב, א) דאמרינן שאע"פ שחצר קונה שלא מדעת, חייב בשילוח הקן על יוני שובך, משום דנתחייב בשילוח ביציאת רובה ומיקנא לא קניא עד דנפלה לחצרו, וכי קתני חייבות בשילוח מקמי דתיפול לחצרו. ומסיק והשתא דאמר רב יהודה אמר רב אסור לזכות בביצים כל זמן שהאם רובצת עליהם, שנאמר שלח תשלח את האם והדר את הבנים תקח לך, אפילו תימא דנפלה לה לחצרו, כל היכא דאיהו מצי זכי ליה חצרו זכיא ליה, וכל היכא דאיהו לא מצי זכי ליה חצרו נמי לא זכיא ליה. הרי לן להדיא שכיון שהוא לא יכול גם חצירו אינו קונה לו. ועי' בריטב"א שמביא מחלוקת הראשונים, דיש שפירשו דהכא לא זכיא ליה שלא מדעתו, ר"ל היות ויש כאן איסור בזכיותו, אין חצירו קונה לו, דאין חבין לו לאדם וכו', ולדבריהם אין כאן ראייה ליסוד הראשונים. אבל הוא עצמו פירש שמייירי אפילו מדעתו ורצונו, ובגניבה בלחוד הוא דרבי רחמנא שיתחייב כפל ע"י חצרו מדכתיב אם המצא תמצא. ולדבריו יש כאן ראייה שכל היכא שאינו יכול לקנות לעצמו, אפילו מחמת איסור, אינו קונה בשדהו.

### שיטת הרשב"א

שיטת הרשב"א אינו כ"כ ברור, דהנה בסוגיא דמצא בגל (כה, ב) דדנו הראשונים למה אין בעל הגל קונה המטמון, תי' דחצרו לא עדיפא מידו, ואלו באה לידו קודם יאוש בעלים תו לא קניא ליה הואיל ובאסורא אתא לידה, וכדקי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, הילכך חצרו נמי בכי האי גוונא לא קניא ליה. משמע שס"ל כשאר הראשונים שה"ט שאינו קונה בחצירו משום שחצירו אינו קונה יותר מידו.

אבל לקמן (כו, א) מסוגיא דמצא בכותל הק' למה מחציו ולחוץ הרי הוא שלו תקני ליה חצרו לבעל הבית, ותי' שכבר כתבנו למעלה דחצרו כידו, והרי זה כאלו הופקד בידו ושכחו בעלים ונתיאשו דלא קנה. מבואר בדבריו שאבידה שנמצא בחצר אע"פ שאין בעל החצר יודע ממנו, נחשב לשומר אבידה ומה"ט לא מועיל יאוש, כדברי הרמב"ן דהוי יאוש ברשות. וזה ראייה ברורה לדברי האחרונים. וכן מבואר במש"כ הרשב"א לקמן (כו, ב) בסוגיא דמצא בחנות, שהק' וז"ל וא"ת תקני ליה חצרו לבעל החנות, וכתב דלאביי דאמר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואינו קונה, וקיי"ל כותיה, א"א לחצירו לקנות לו משום דבאסורא בא לו ותו לא קניא כידו. משמע שבחצר יש דין של אאת"ל ממש, ועדיין צ"ע.

אבל בגוף דברי הרשב"א צ"ע דאם ס"ל שהיכא שנמצא בחצירו "כאילו הופקד בידו" והוי יאוש ברשות, א"כ למה המוצא יכול לזכות בו, דלכאורה לפי הרמב"ן שאאת"ל הוא מטעם יאוש ברשות, בפשטות לא בלבד שהמוצא אינו יכול לזכות בו אלא גם אדם זר אינו יכול לזכות בו משום שיש חיסרון בעצם היאוש. ואולי י"ל שס"ל להרשב"א שאה"נ אחר יכול לזכות בו אפילו היכא שהמוצא הגביהו לפני יאוש, והטעם שהרי יאוש אינו "חלות" רק בשעת היאוש, אלא דהוי "מצב" של יאוש, א"כ י"ל דרק היכא שהאבידה נמצא ברשותו לא מועיל היאוש, אבל ברגע שיצא ממצב זה שפיר "חל" היאוש. א"כ היכא שלקחו אחר, הרי עכשיו אינו עומד ברשות האובד ושפיר מועיל היאוש.

ויסוד לזה מצינו בנתי"מ (סי' רס, יג) שרצה ליישב דברי הרמב"ם במצא אחרי הגפה גזולות מקושרים שהדין הוא שלא יטול, ופסק הרמב"ם שאם נטל הרי אלו שלו, וכולם צעקו עליו הוי באאת"ל, ומסביר הנתי"מ שכיון שאיננו רשות הרבים וד' אמות קונין לו שם, וכשהניחו נקנה הרשות לבעל הכלי, וכיון שהגזולין מונחין עדיין ברשותו לא מהני יאוש בהן כדברי הרמב"ן, ולכך לא יגע בהן. אבל אחר שנטלן והדין הוא דלא יחזיר אפילו אם יהיה הדין דלא זכה המוצא, דהא ספק הינוח הוא ונעשה שומר אבידה, וכיון שכבר נטלו ואסור להחזירו, ממילא יצא מרשות בעל האבידה ומהני ביה יאוש אחר הנטילה, ולא דמי ליאוש שלא מדעת כיון דבאמת היה יאוש קודם דאתי לידיה, ובכה"ג מהני היאוש, כמו שכתבו התוס' בסוכה (ל, ב) לענין יאוש בקרקע. הרי לך שאע"פ שלא הועיל היאוש לפני שלקחה, משום דהוי יאוש ברשות, יכול להועיל אח"כ כשיצא מרשותו.

עוד העירו לי מהא דכתב הריטב"א לקמן (כו, א) על הא דתנן אם היה משכירו לאחרים אפילו מצא בתוך הבית הרי אלו שלו, דמיירי בבעה"ב דקנתה לו חצרו ואפילו אינו דר שם, דכיון שעבר זמן השכירות נתרקנה חצר לבעלים וכל חד אייאש מיניה כי קא נפיק, וכיון דכן חצרו זוכה לו לאחר יאוש, ובהיתירא אתא לידיה דמקמי הכי לא קניא ליה כל זמן שהיתה מושכרת לאחרים דשכירות קניא. משמע שהיכא שלא היה מושכר לאחרים אינו זוכה בו משום דהוי אאת"ל, הרי לך ששייך אאת"ל בחצר.

### **אשה בהשבת אבידה**

להלן כמה ספיקות שראיתי בעלון של הגר"א גינוחבסקי זצ"ל. יש לדון באשה נשואה שאיבדה חפץ של בעלה, שאין בו סימן ונתייאשה ממנו, מי אמרינן דמהני היאוש, והרי הוא של המוצא, או דילמא אמרינן דלא מהני היאוש, עד שיוודע לבעלה שנאבד ויתייאש, דהרי קיימא לן דיאוש שלא מדעת לא הוה יאוש ובעלה הוא הבעלים, והוא לא ידע מהאבידה. וכמו"כ יש לדון בשומר שאיבד חפץ, האם הוה לגבי הבעלים יאוש שלא מדעת.

וכתב בהגהות כסף הקדשים (חו"מ רסב, ה) כהצד דלא מהני יאוש של האשה, דיאוש צריך להיות מבעל החפץ, והבעל אינו נותן לאשתו את הכח להתייאש. והמהרי"ל דיסקין (קונטרס פסקים סי' קפ"ט) נסתפק בהאי דינא. וכעין זה מטו בשם הגאון ר' יצחק אלחנן זצ"ל, בעובדא דהוה באשת איש שנשאה ונתנה במסחר, ואיבדה צרור הממון שהיה עמה בעיר שרובה עכו"ם ונתייאשה, ואחר כך נמצאה האבידה, ועדיין לא נודעה האבידה לבעלה שהיה בעיר אחרת, ופסק ר' יצחק אלחנן דלא מהני יאוש שלה, דאין הכסף שלה שתוכל להתייאש, ולגבי הבעל הוה יאוש שלא מדעת, וחייבים להחזיר לבעל לפי סימנים.

### **אבידה יקרה ופשוטה**

יש לדון מהו אם יש לפניו שתי אבידות, ויכול להחזיר רק אחת מהן, ואחת מהאבידות יקרה יותר מהשניה, אמנם באבידה הזולה יודע בודאות מי הבעלים, משא"כ בהיקרה אינו יודע מי הבעלים, אלא צריך להכריז. לכאורה תלוי האם מצות השבת אבידה על כל פרוטה ופרוטה, ואם כן בנידון דידן יחזיר דוקא היקרה, דביקרה יש יותר פרוטות, וממילא יש יותר מצוות. או דילמא המצוה על החפץ, ואם כן בנידון דידן יעשה איזה שירצה, דהרי בכל אבידה יקיים רק מצוה אחת.

### **אבידה זולה דכהן**

יהיה נ"מ בחקירה הנ"ל היכא שבעל אבידה הזולה הוא כהן, ובעל אבידה היקרה הוא ישראל, דאם בעלמא אמרינן דאיזה שירצה יעשה, אם כן הכא הרי כהן קודם, ויחזיר הזולה להכהן, אבל אם ביקרה יש יותר מצוות, יש לדון דיחזיר היקרה להישראל, ולא מהני בזה קדימת כהן.

### **ספק מצוה**

אלא דלכאורה אפילו אם נאמר שבהשבת האבידה היקרה יש יותר מצוה, אבל אינו אלא ספק, וברבידה הזולה יש וודרי מצוה, ובאבידה היקרה אינו אלא ספק. ומביא ראיה שספק מצוה נחשב כוודאי מהא דמקשה הגמרא (ב"מ ל, א) בכהן המוצא אבידה בבית הקברות, נימא דעשה דהשבת אבידה דוחה לא תעשה דטומאת כהנים,

והיאך יתכן שמספק נדחה לאו, דשמא לא ימצא הבעלים, אלא ע"כ דאף אם לא ימצא את הבעלים, קיים מצוה ודאית. אמנם יש לדחות דאיירי דוקא בכה"ג שיודע מי בעל האבידה.

אך י"ל דאף אם נימא דיש מצוה ודאית, וגם לאו ודאי, מכל מקום כאשר יחזיר לבעליו הוה המצוה בשלימות, משא"כ באבידה דאינו מוצא הבעלים, אע"פ דקיים מצוה, מכל מקום לא הוה מצוה בשלימות. ולפי"ז אין הכי נמי יחזיר הזולה, דהוה ודאי מצוה שלימה.