

## אומדנא דאילו הוי ידע

### ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. הקנאת כפל
- ג. לב ב"ד מתנה
- ד. יאוש שלא מדעת
- ה. יאוש שלא מדעת בקנין
- ו. אומדנא בניגוד לדעתו
- ז. מצבים שונים של אומדן דעת
- ח. סיכום

### א. הקדמה

בכל קנין או מעשה היוצר חלות שאדם עושה קיי"ל שצריך לעשותו בגמירות דעת מספקת. כך הוא בקנינים, קידושין וכן בעניני איסור כמו תרומה כיון שאדם גומר בדעתו להפריש תרומה או מעשר הרי התרומה או המעשר חלים אם יעשה מעשה הפרשה או אפילו במחשבה בלבד לענין תרומה.

כיון שאי אפשר לפרש כל התנאים והסעיפים של כל מעשה ומעשה – אזי קיי"ל דאם יש אומדנא שמוכח שעל דעת כן עשה אדם את הקנין או המעשה הרי הוא כאילו פירש. אדם הקונה מקח והתברר שיש מום מהותי במקח הרי המקח בטל כי ברור הוא שלא את זה כיוון לקנות או שאנו אומדים בדעתו שאיכא תנאי שהוא קונה רק בתנאי שהחפץ שאותו הוא קונה הוא כפי שסוכם ללא מומים מהותיים וכפי המחלוקת הידועה בין רע"א לבית הלוי האם מה שטעות מבטלת מקח הוא בעצמותו של המקח או מדין תנאי.

במקום שהאדם טוען שעשה מעשה או קנין על דעת מסויימת והענין אינו ברור ומוכח דיו בזה אתינן לכלל שדברים שבלב אינם דברים ועל האדם להתנות בפיו במפורש.

בכל אלו האדם פועל מתוך דעת ברורה ואף בענינים לא מפורשים אנו אומדים את דעתו שלשם כך נתכוון.

במקום שבו האדם אינו מודע למציאות העומדת בפניו, אינו יודע שיכול לקנות או כדאי לו לקנות וכדומה, ואילו היה יודע בודאי היה מתכוון לקנות. האם נאמר כיון דאילו היה יודע והיה ודאי מתכוון וגומר בדעתו לעשות קנין אזי יחשב כאילו ידע ויחול הקנין או שמא כל שאין האדם חושב בפועל לקנות לא יחול קנין.

דוגמאות למצב זה אנו מוצאים בכמה וכמה מקומות.

זכין לאדם שלא בפניו – אדם יכול לבצע קנין לטובת חברו – אף שחבירו אינו מודע לזה כלל ולא יודע שמזכים לו דבר. בסברת הענין רבו השיטות שזכין הוא מתורת שליחות וההסבר הפשוט הוא שכיון שאנן סהדי שאדם מעונין שחבירו יזכה בשבילו אזי ישנה אומדנא דמוכח שהוא אכן מעונין בשליחות זו של חברו שיזכה בשבילו.

בשעת מעשה ודאי שאין אומדנא שהאדם חושב וממנה את חברו לשליח שהרי הוא אינו מודע לזה כלל אלא שאנו אומדים שאילו היה יודע מזה ודאי שהיה מסכים ולכן יחשב הדבר כאילו הוא גומר בדעתו עכשיו למנותו כשליח – אם אכן נסביר כן אזי זו דוגמא שאומדנא דאילו הוה ידע חשיבא אומדנא מעליא לפעול קנינים וחלויות. אמנם יש חולקים על הסבר זה ועיין קצוה"ח קה,א, ובהערות שם.

מאידיך אנו מוצאים סתירות לזה.

בשו"ע חו"מ רעה, כה נפסק שהעודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו, לא קנה. וזאת על פי הגמרא ביבמות נב, ב. אדם שעושה פעולת קנין של חזקה – כשעודר בנכסים, אלא שהוא חושב שהגר חי והנכסים בחזקתו – אף שיתברר שבאותה שעה הגר מת והנכסים הפקר לא קנה – אף שברור הוא דאילו היה יודע שהגר מת היה מתכוון לקנות – חזינן דאומדנא דאילו הוה ידע לא אמרינן.

אמנם מצאנו קנין שקונה שלא מדעתו כמו חצירו של אדם. כבר יישב המהרי"ט חו"מ סימן מא דשאני חצר שקונה לו שלא מדעתו אבל בעושה מעשה קנין בעינן לדעתו ממש. וגם אין להקשות מב"מ י, א דראה את המציאה ונפל עליה דלא קנה כיון שאי אפשר לקנות בנפילה ובקנין ד' אמות לא ניחא ליה דליקני והביא שם הנמוקי יוסף שדווקא בקנין ד"א לא קונה דהוי כאומר אי אפשרי בתקנת חכמים אבל אילו היה עושה קנין דאורייתא ללא מחשבה

לקנות היה קונה. חזינן שקנין דאורייתא קני אף ללא כוונה – דשאני התם שבכל אופן מכוון לקנות אף שהתכוון לקנות בקנין אחר מ"מ מועילה כוונתו לקנות לשוויה את פעולת הקנין האחרת קנין דמועיל אבל במקום שלא התכוון כלל לקנות כי חשב שאינו עודר בנכסי הפקר בזה נפסקה ההלכה שלא קנה. לקמן ננסה לברר בס"ד את גדרה של אומדנא זו האם ומתי ניתן לאומרה.

## **ב. הקנאת כפל**

בריש פרק המפקיד בב"מ לג,ב מובאת משנה :

המפקיד אצל חבירו בהמה או כלים, ונגנבו או שאבדו, שילם ולא רצה לישבע, שהרי אמרו: שומר חנם נשבע ויוצא, נמצא הגנב - משלם תשלומי כפל. טבח ומכר - משלם תשלומי ארבעה וחמשה. למי משלם - למי שהפקדון אצלו. נשבע ולא רצה לשלם, נמצא הגנב - משלם תשלומי כפל. טבח ומכר - משלם תשלומי ארבעה וחמשה. למי משלם - לבעל הפקדון.

היוצא מן המשנה הוא ששומר שנגנב פקדונו והחליט לשלם – כשנמצא הגנב ומשלם קרן וכפל – השומר מקבל לא רק את הקרן אלא אף את הכפל. בסברת הענין אומרת הגמרא שאמדינן דעתו של המפקיד שאם השומר משלם מיד את נזקו ולא פוטר עצמו בשבועה וכדומה- הבעלים מוכן תמורת כן להקנות לו הכפל במקום שימצא הגנב ובלבד שיקבל השתא את כספו.

הגמרא דנה באיזה אופן נקנה הכפל לשומר דהא בעלמא הגנב משלם תשלומי כפל לבעל הגניבה ולא לשומר ומכיון שלהקנות את עצם הכפל לכשיגיע הוא בלתי אפשרי דהוא דבר שאינו בעולם לכן מסיקה הגמרא שקנין הכפל מתבצע על ידי הקנאת הבהמה -

אמר רבא: נעשה כאומר לו: לכשתגנב ותרצה ותשלמני - הרי פרתי קנויה לך מעכשיו. - מתקיף לה רבי זירא: אי הכי, אפילו גיזותיה וולדותיה נמי. אלמה תניא: חוץ מגיזותיה וולדותיה! - אלא אמר רבי זירא: נעשה כאומר לו חוץ מגיזותיה וולדותיה. - ומאי פסקא? - סתמא דמלתא, שבחא דאתא מעלמא - עביד איניש דמקני, שבחא דמגופה - לא עביד איניש דמקני. איכא דאמרי, אמר רבא: נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני, סמוך לגניבתה קנויה לך. מאי בינייהו? - איכא בינייהו קושיא דרבי זירא. אי נמי, דקיימא באגם.

נמצא שהקנאת הכפל מתבצעת על ידי הקנאת הבהמה עצמה – ובתנאי שאם תגנב הפרה ויחליט השומר לשלם - הרי הפרה קנויה לו מעכשיו על ידי משיכתו. וללישנא בתרא – קנויה לו רק סמוך לגניבה.

מסקנת הגמרא טעונה בירור דסתם מפקיד ונפקד אינם חושבים כלל להקנות אחד לשני את הדבר הנפקד בתנאי האמור שם וקשה לומר שבאמת יש דעת קונה ומקנה מפורשת לענין זה.

הסבר אפשרי שם בסוגיא הוא שהקנין חל מתורת אומדנא דאילו הוה ידע – שכיון שאנו אומדים דעת המפקיד והנפקד שאם היו יודעים שלבסוף תגנב הפרה וישלם הנפקד – אזי הם מתרצים לעשות קנין השתא בתנאי הנ"ל ממילא יחול הקנין כאילו פירשו.

הדברים מפורשים בדברי נתה"מ ביאורים קצו, ד. דברי נתה"מ אמורים ביחס למחלוקת הרמב"ם והר"ן בדין משיכה לאחר זמן. קיי"ל שאדם לא יכול למשוך על מנת לקנות לאחר זמן דכלתה קנינו ולכן אם אומר לחבירו משוך ותקנה לאחר ל' יום לא קנה. ואי אמר לו קנה מעכשיו ולאחר ל' קנה דאמדין דעתיה שהתכוון להקנות מעכשיו ובתנאי ולכן קונה. זו דעת הרמב"ם אולם הר"ן סבור שגם באופן הראשון קנה.

בין לדעת הרמב"ם בין לדעת הר"ן יקשה מהסוגיא הנ"ל בריש המפקיד ששם משמע שאי עומדת באגם לסוף ל' לא קנה במשיכה. משמע שאי עומדת בחצירו קנה. וזה קשה לרמב"ם שבכל אופן לא קונה. וכן קשה לר"ן שלשיטתו גם בעומדת באגם צריך לקנות במשיכתו לאחר זמן. דעת נתה"מ שם שקונה מטעם חצר. ואלו דבריו:

ומשך לא קנה. מדברי המחבר משמע דאפילו עומדת בביתו בסוף ל' לא קנה כדעת הרמב"ם (מכירה ב,ט), וכן משמע בב"י בטור (מחודש ה). ולכאורה קשה דבב"מ בריש המפקיד (לד,א) עביד נ"מ בין לישנא דאמר לכשתגנוב ותשלימני תהיה פרתי קנויה לך מעכשיו ובין לישנא דאמר סמוך לגניבותה קנויה לך, קאמר נ"מ דקיימא באגם, משמע דבעומדת בחצירו אפילו בלא מעכשיו קונה, דאלת"ה לא משכחת אופן שיקנה. אמנם אחר העיון לא קשה כלל, דבכאן לא מצי למיקני מטעם חצר, כיון דאמר משוך וקני הרי גילה דעתו שאינו רוצה להקנות רק במשיכה וכמבואר לעיל סעיף א' בהג"ה, משא"כ בהמפקיד דלא אמר מידי רק דאיכא אומדנא ודאי דרוצה להקנות בכל מה שיוכל באיזה קנין שירצה, משי"ה קונה מטעם חצר.

אמנם הר"ן יש לו דרך אחרת בזה בכתובות פרק הכותב (מו, א מדפי הר"ן) דאפילו עומדת באגם קנה. ולכאורה קשה עליו ג"כ מש"ס זו דמשם מוכח דבלא מעכשיו לא קנה בעומדת באגם.

ונראה לישב דברי הר"ן, דהנה יש לעיין בהא דאמר שם נעשה כאומר לו לכשתגנוב ותשלמני תהיה פרתי קנויה לך, הא בעינן בקנין דעת מקנה ודעת קונה, וכאן במפקיד ודאי דלא היה דעתם לכך לשם קנין וע"כ צ"ל הטעם הוא משום דכתב הש"ך בסימן שנח ס"ק א דאי איכא אומדנא קנה אף על גב דלא הוי ידע המקנה, ולא דמי ליאוש שלא מדעת דלא קנה כיון דהוא בע"כ, משא"כ במתנה אי איכא אומדנא דאילו הוי ידע הוי נתן, אפילו שלא מדעת קנה ע"ש, אי"כ הכא נמי קים להו לחכמים דאילו הוי ידע שיוגנב וישלם ודאי הוי מקנה ליה, משו"ה קנה אפילו שלא מדעת, וזהו אמרם נעשה כאומר, משום האומדנא.

אמנם בקנין בעינן דעת מקנה ודעת קונה, והאומדנא נראה דאינו מועיל רק לתקן דעת מקנה, אמנם במקום דלא נתכוין הקונה לקנות בהקנין נראה דאפילו איכא אומדנא דמוכח דאילו הוי ידע הוי קונה נראה דלא קנה כל כמה דלא נתכוין לקנות בקנין זה, דכל הקנינים בעינן שיהיה כונה לשם קנין. וראיה לזה דהא עודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו (יבמות נב, ב) לא קנה אף דאיכא אומדנא דמוכח טובא דאילו הוי ידע שהן נכסי הגר ודאי דהוי מתכוין לקנות, אפי"ה לא קנה מטעם דקנין בלא כונה לאו קנין הוא. וא"כ קשה בכאן, דנהי דאיכא אומדנא, מ"מ הא אומדנא לא מהני כל שלא היה בכונה לשם קנין דקנין כונה בעי, דמשיכה בלא כונת קנין לאו כלום הוא. ואף דהרשב"א בגיטין כ, ב ד"ה ובא מעשה) כתב דמו"מ דדעת אחרת מקנה אותו מהני בלא כונה, היינו דוקא כשהמקנה נתכוין שיהיה לשם קנין, וכ"ו והכא ליכא דעת מקנה דהא לא ידע מהגניבה ולא נתכוין כלל להקנות, וע"כ צ"ל דכאן בהמפקיד מטעם חצר קונה, דבלשון השני בש"ס לא נקט לשון משוך, רק סמוך לגניבה קנויה לך, וחצירו קונה שלא מדעתו, וכיון דאיכא אומדנא דמוכח שהמפקיד רוצה להקנות קונה הלוקח מטעם חצר, וכיון דבעינן חצירו מש"ה לא קנה בעומדת באגם, משא"כ במשיכה אדעת קנין קנה אפילו בעומדת באגם, דמשיכה אריכתא הוא כמ"ש הר"ן, משא"כ בהמפקיד דלא קנה מטעם משיכה כנ"ל רק מטעם חצר בעינן שיהיה עומדת בחצר, כנ"ל.

בדברי נתה"מ נראה שפשוט לו דאומדנא דאילו הוי ידע אמרינן. אלא שקנין הוא דבר מיוחד שמעשה קנין ללא כוונה מפורשת אינו מעשה ולכן לא סגי באומדנא זו. נתה"מ עצמו מעיר שמה שקיי"ל שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש סותר לזה ולכן סומך עצמו על דברי הש"ך וכפי שיתבאר.

הסוגיא בריש המפקיד עדיין לא מתבארת לפי דעת נתה"מ. לדעת נתה"מ אומדנא דאילו הוי ידע אמרינן בדעת מקנה. אולם בדעת קונה לא אמרינן בקנין משיכה וכדומה אבל חצר קונה לאדם שלא מדעתו ולכן מועילה שם. אולם ללישנא קמא בריש המפקיד שם משמע שקונה מתורת משיכה מעכשיו ולא מתורת חצר ואי נימא שקונה לא אסיק אדעתיה – כיצד חל מעשה הקנין? ולא משמע בסוגיא שהמשיכה היתה דווקא לתוך חצירו של הנפקד שיקנה ועיין בהערות לנתיבות של הרב דזימטרובסקי שמעיר כן ומשאיר בצ"ע.

בהמשך הסוגיא שם דף לד, ב מביאה הגמרא כמה מקרים שבהם יש ספק האם כוונת המפקיד להקנות לנפקד

שלמו בנים מאי? מצי אמר להו: כי אקנאי כפילא - לאבוכון דעבד לי נייח נפשאי, לדידכו - לא, או דלמא לא שנא? שילם לבנים מאי? מצו אמרי ליה: כי אקני לך אבונא כפילא - דעבדת ליה נייח נפשיה, אבל אנו לדידך - לא, או דלמא לא שנא? שלמו בנים לבנים מאי? שילם מחצה מאי? שאל שתי פרות ושילם אחת מהן מאי? שאל מן השותפין ושילם לאחד מהן מאי? שותפין ששאלו ושילם אחד מהן מאי? שאל מן האשה ושילם לבעלה מאי? אשה ששאלה ושילם בעלה מאי? - תיקו.

אחת האיבעיות בגמרא "שילם לבנים" כלומר שהמפקיד מת והשומר שילם את דמי הפרה לבני המפקיד. הראשונים דנו בשאלה אימתי מת האב – הלא ללישנא בתרא שההקנאה היא סמוך לגניבה – אם נאמר שהאב מת קודם הגניבה – נמצא שהמקנה כבר לא בעולם כלל. ולכן מוכרחים לומר שהאב היה קיים בשעת הגניבה ואז סמוך לגניבה מקנה – ולאחר מכן עד שעת מציאת הגנב- מת האב. וזו דעת הראב"ד. אולם הרשב"א במקום מחדש שאין לזה הכרח ונוכל לומר שאפילו שמת האב קודם הגניבה תחול הקנאת הבהמה – ואלו דבריו:

שילם לבנים מהו, פירש הראב"ד ז"ל דדוקא כשנגנבה ואח"כ מת האב דאז אפשר דקנה משום שהיה המקנה קיים בשעה שהיה הנפקד ראוי לקנות דהיינו שעה שנגנבה אבל אם מת האב ואח"כ נגנבה בכי הא לא

קני כלל דאב לא אקני ליה כלום עד שעה שתגנב וכבר מת ובנים לא אקנו ליה כלום. אבל רש"י ז"ל פי' בשמתו הבעלים ואח"כ נגנבה, ונראה מדבריו דאדרבה אילו נגנבה בחיי האב פשיטא דקני משעת גנבה שהרי היה האב המקנה קיים ותשלומין לא מעכבי דהו"ל כמאן דאמר פרתי קנויה לך מעכשיו לכשתשלמני ומת הוא ושלם לבנים דקנה, וכן נ"ל עיקר דהא מפקיד לא אקני ליי' פרתו ממש אלא דנעשה כאומר לו אמרו לומר דלב ב"ד מתנה בכך, משום דירדו חכמים לסוף דעתן של בריות דכל דאית ליה בהמה או כלים ביד שומר ניחא ליה דלא נטרח בבי דינא וליקנו שומרים כפילא דאתי מעלמא, והילכך אף בנים איכא למימר דניחא להו דליקני ליה שומר לפרה כי היכי דלא ליטרחינהו לבי דינא, וכ"ש ללישנא קמא דרבא דאמר נעשה כאומר לו לכשתגנב פרתי ותרצה ותשלמני פרתי קנויה לך מעכשיו דקני מחמת הקנאת המפקיד עצמו, ואפי' מת קודם שנגנבה דלאו דוקא תשלמני קאמר כלומר לי ולא ליורשי כדאמר בגטין בע"מ שתתן לי מאתים זוז (ע"ד א') דא"כ מאי קא מיבעיא לן הכא אלא ודאי ה"ק ותרצה ותשלם וכיון שכן אף כשמת קודם שנגנבה איכא למימר דקנה דהא הו"ל כתנאי וכיון שנגנבה קני ליה מעכשיו, אלא דאסתפקא מילתא בגמ' ללישנא בתרא דרבא אי הוי טעמא משום ניח נפשיה או לא, ומ"מ אי לא הוה משום ניח נפשיה אפי' ללישנא בתרא אנו רואים כאלו בנים אמרו לשומר אחר מיתת אביהם לכשתגנב סמוך לגנבתה קנויה לך.

מתחדש בדעת הרשב"א שאין הכוונה בסוגיא שהמפקיד אכן חושב להקנות והנפקד חושב לקנות אלא כיון שירדו חכמים לסוף דעתן של בריות שכך רצונם אזי "לב בית דין מתנה" – כלומר שבית דין הם המתנים שיחול הקנין כן והאדם העושה מעשה ההפקדה עושה כן על דעת בית דין (לקמן יתבאר יותר גדר ענין זה). לכן לא אכפת לן שהאב מת ובנים ירשו קודם שנגנבה הפרה שאילו היה הקנין מתבצע על ידי שאנו יורדים לסוף דעתן של קונה ומקנה ואמדינן שזו אכן כוונתם – ודאי אי אפשר להקנות אלא המפקיד ולא בניו שלא היו כלל בזמן ההפקדה ולא נתנו דעתם לזה כלל. אולם הרשב"א סובר שאין הכוונה כן וזו כוונת לשון הגמרא "נעשה כאומר לו" שלא באמת חשב על כך אלא שבית דין התנו כן לתקנת השוק אחרי שירדו לסוף דעת הבריות שזהו רצונם אם היו שואלים אותם. ואף הבנים שבשעה הסמוכה לגניבה היו הבעלים – נעשו כאומרים שיקנה הפרה בחצרו.

לפי זה אין צורך לחידוש נתה"מ בסוגיא ולא אמרינן אומדנא דאילו הוה ידע הכא. אמנם הראב"ד שחולק על הרשב"א והעמיד הסוגיא שמת האב לאחר הגניבה לכאורה חולק על היסוד הנ"ל וסובר שהקנין חל מכח מחשבת המפקיד וככל הקנינים ויתכן שיסבור כדעת בעל נתה"מ. גם בדעת הרשב"א נראה שחידש כן ללישנא בתרא בעיקר אבל ללישנא קמא אין לזה הכרח ואינו מוטרד מהשאלה שהציג נתה"מ שבפשטות לא היתה דעתם לקנין ואדרבה אפילו יש ראייה איפכא דאם היה סובר הרשב"א שאומדנא דאילו הוה ידע אמרינן אזי אין צורך לחדש שלב בית דין מתנה לענין בניס דהרי גם בדעתם נוכל לומר שאחרי שירשו את הבהמה אילו היו יודעים שתגנב היו מכוונים להקנות ואי קיימא בחצירו יקנה. משמע מהרשב"א ללישנא קמא שם שהבין שהיא אומדנא רגילה ועיין לקמן בזה.

### ג. לב בית דין מתנה

הבנת הרשב"א הנ"ל יכולה לתת פתרון לכל הסוגיא שאנו עוסקים בה – שכל מקום שנראה לנו שדעת בני אדם היא כן אלא שאינם יודעים מכך או מחמת שלא יודעים את הדין או מחמת שלא יודעים מציאות מסויימת, נוכל לומר לב בית דין מתנה עליהם – שיחשב הדבר כאילו שהם עצמם התנו כן.

אמנם הענין לא מוסכם ולא כולי עלמא סברי כרשב"א וגם ברשב"א נראה שלא בכל מקום אומרים כן.

הרה"ג עזרא אלטשולר זצ"ל דן בשאלה האם מותר להשתמש בארון קודש שהוקדש לספר תורה לארון ספרי קודש רגיל היכא שבנו ארון קודש מפואר יותר לספרי התורה. בתוך תשובתו הנדפסת בקובץ צפונות יג עמוד מא. מביא את דעת התוספות מעילה יד, א בד"ה בונין בחול שבמילי דיחיד לא שייך לומר לב בית דין מתנה עליהן וזו לשונם :

בונין בחול ואח"כ מקדישין - פירוש כשהיו בונין היו בונין בהקפה ולא היו נותנין בהם מעות של הקדש שנתנדבו לעשות בנין עד שנעשה כל הבנין מאי טעם כלומר למה לא היה מקדיש מקמי בנין האבנים מאן דמתנדב מעות מקדיש להו ואמר תיחול קדושת המעות אבנין ויהיב להו לאומנין בשכרם כלומר ואי הוה מקדיש להו לאבנים מקמי בנין אם כן לא היה יכול לפרוע שכר האומנין ממעות של הקדש שאין הקדש מתחלל על המלאכה אבל עתה שבונה בחול מחלל קדושת המעות על כל הבנין ופורעים אחר כך שכר האומנים מאותן המעות שנתחללו ויצאו לחולין ופורע מעות למי שמכר אבנים כמה שקנו



אותם ואם תאמר הא אמרינן פרק בתרא דכתובות (דף קו.) מגיהי ספרים שבירושלים נוטלין שכרן מתרומת הלשכה ומאי שנא משכר האומנין דהכא י"ל דשאני תרומת הלשכה שבאה בנדבת צבור ולב בית דין מתנה עליהם אבל לא שייך לומר לב בית דין מתנה בהקדש נדבת יחיד אפילו הקדישם למוסרם לצבור.

ועיי"ש שמביא כן מעוד מקומות. ואף שהוא גמרא מפורשת בזבחים ו,ב דרק קרבנות ציבור לב בית דין מתנה עליהן מ"מ התוספות מחדשים שאפילו יחיד המתנדב לציבור כדוגמת מעות לבנין המקדש או בענינו שם בתשובה יחיד שתורם ארון קודש לציבור – אין לומר בזה לב בית דין מתנה עליהן.

בהמשך התשובה שם מובאת דעת הרשב"א החולקת. בב"ק קב,ב מובאת דעת ר' אבא שהמקדיש נכסיו נעשה כמקנה לאשתו ובניו כסותם ולא חל על זה ההקדש וכתב על זה הרשב"א-

הא דא"ר אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה כסות אשתו ובניו מעיקרא. מדקאמר נעשה כמי שהקנה ולא קאמר כל המקדיש נכסיו מקנה כסות אשתו ובניו משמע דלב ב"ד מתנה על דבר זה קאמר, ולא היא דאי משום תקנת חכמים במקדיש נכסיו קאמר ולא לגבי שאר מילי, א"כ היאך מיייתי ראייה בשלהי פ' נערה שנתפתתה דאלמנה אין שמין מה שעליה מדתנן המקדיש נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו דבמקדיש עבוד בה רבנן תקנתא ולא בשאר מילי, אלא מהתם שמעינן דדינא קתני משום דאנן סהדי דדעתני לאקנויי להו כלים שלקח להן ואף על פי שלא הקנה להן בפירוש ומשום דאמדינן ליה לדעתני אמרו נעשה כמי שהקנה. וכמוהו בריש פרק המפקיד נעשה כאומר לו לכשתגב פרתי ותרצה ותשלמני פרתי קנויה לך סמוך לגביתה, ואחרים יש בגמ'.

הוכיח מזה בתשובה שם שדעת הרשב"א היא דאפילו בהקדש יחיד אמרינן לב בית דין מתנה עליהן דאל"כ למאי מביא ראייה מכתובות לענין שומת אלמנה היה לו לומר להדיא שלא שייך לב בית דין מתנה בהקדש יחיד.

ועיי"ש שדן בארוכה ומסיק שכן סתימת הפוסקים שגם בהקדש יחיד אמרינן לב בית דין מתנה. ובאמת מהרשב"א הנ"ל משמע שגם בפרק המפקיד אמדינן דעתיה של המפקיד ולא כפי שהביא בחידושי לפרק המפקיד שהוא מדין לב בית דין מתנה לכה"פ ללישנא בתרא שמקנה סמוך לגניבה. דברי הרשב"א בפרק המפקיד הן ראייה מפורשת לדעתו ששייך לב בית דין מתנה אפילו

בהקדש יחיד ואפילו במילי דחול של יחיד, אלא שלענין הסבר הסוגיא בריש המפקיד נראה שיש סתירה בין דברי רשב"א בב"מ לבין דבריו בב"ק.

ובכל אופן חזינן שיש מחלוקת הראשונים בין התוספות לרשב"א האם שייך לומר לב בית דין מתנה בעניני יחיד. שלדעת התוספות רק בציבור אמרינן כן והסברא מובנת שהבית דין הם הממונים על עניני הציבור ודבריו נעשים על דעתו והוא כבעלים לענין זה ודעתו היא הקובעת אולם ביחיד אין סברא שדעת בית דין תחשב דעתו (אף שודאי הפקר בית דין שייך בכל דבר והוא ענין אחר) אולם דעת הרשב"א שאף בעניני יחיד שייך לב בית דין וצ"ל שכיון שבית דין הם הממונים על כל עניני החברה לתקנם שייך שפיר לומר שהכל נעשה על דעתם אלא שמתוך דברי הרשב"א בבבא קמא שם נראה שלא בכל דבר עבדו תקנתא אלא דווקא בעניני הקדש.

העולה מתוך הדברים בדעת התוספות שלא שייך להסביר את הסוגיא דריש המפקיד מחמת לב בית דין מתנה כיון שלדעתם הוא שייך דווקא בתרומת ציבור וכדומה. בדעת הרשב"א ניתן להסביר כן אולם בדבריו בב"ק משמע שדווקא במילי דהקדש וכדומה וכפי שמצאנו בחידושו לשבת יח,ב לענין שביתת כלים שהוא עניני מצווה אמרינן כן שלא כפי המשתמע בפרק המפקיד.

#### **ד. יאוש שלא מדעת.**

נראה שהשאלה שהצגנו ניתנת להתבאר מתוך הסוגיא של יאוש שלא מדעת.

בגמרא בב"מ כא,א מובא :

איתמר 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 ובשלווליתו 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.

על מנת לזכות באבידה חידשה תורה שדי ביאוש בעלים ואף שבא להם בכל כורחם ואינם מקנים ממש – חידשה תורה שאחרי יאוש נקנית האבידה למוצא. תנאי נוסף הוא ש"בהיתרא אתי לידיה" היינו שתבוא האבידה לידו בזמן "היתר" כלומר בזמן שיכול לזכות בה – שכבר היה יאוש. אבל אם זכה בה לפני יאוש – אפילו שהבעלים יתייאשו לאחר מכן כבר לא מועיל.

ומכאן אתינן לשאלה דיאוש שלא מדעת. האם היכא שזכה האדם באבידה קודם יאוש – אבל מדובר באבידה ללא סימן שברור לן שכשידע הבעלים ממנה ודאי יתייאש – האם נימא שכבר עכשיו שעדיין לא יודע מזה חשיב יאוש או שעד שידע ויתייאש בפועל לא הוי יאוש.

דעת אביי דיאוש הוי רק משעת הידיעה בפועל. וכך נפסק להלכה כדעת אביי והיא אחת ממחלוקות יע"ל קג"ם.

נמצא להלכה דהיכא שאדם זכה באבידה ללא סימן בזמן שעדיין לא נודע לבעלים שנפלה ממנו – אינו זוכה בה.

אם נשווה יאוש לשאר מעשי קנין וחלות נוכל להוציא מכאן יסוד שהשאלה האם הידיעה בפועל מעכבת או די בידיעה בכח תליא במחלוקת אביי ורבא. והיות וקיי"ל כאביי יוצא שלהלכה בעינן ידיעה בפועל על מנת להחיל חלות ולא סגי בידיעה בכח.

אלא שהש"ך על שולחן ערוך חושן משפט הלכות גניבה סימן שנח סעיף ד מחדש שגם להלכה נוכל לומר באופנים מסוימים שידיעה בכח סגי דוגמת יאוש שלא מדעת:

מותר ליקח מן האריס כו' - מדברי התוס' פרק אלו מציאות (כב,א) והגהת אשר"י והגהת מרדכי שם מבואר דאם אדם נותן לאכול לחברו מדבר שאינו שלו אלא של חברו אף על פי שידוע שחברו יתרצה אסור לאכול דהלכה כאביי דיאוש ש"מ לא הוי יאוש ואף על גב דהשתא ניח' ליה מעיקרא לא הוי ניח' ליה ואי לאו דמסתפיני הייתי אומר שמותר ויאוש שלא מדעת שאני שגם אח"כ אינו מתייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובע"כ הוא מתייאש א"כ אמר"י מעיקרא באיסורא אתי לידי דבמה יקנה אי ביאוש הא השת' אינו מתייאש ואלו הי' יודע שהוא אצלו לא מתייאש משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצ' א"כ השתא נמי בהיתרא אתי לידיה דמסתמ' אינו מקפיד על זה ואף על גב דבש"ס

שם מדמה תרומה וטומא' ליאוש שלא מדעת טעמ' אחרני' איכא התם דלענין תרומה וטומא' ידיעה ממש בעינן ע"ש ודוק וכו'.

בדברי הש"ך אנו רואים ענין מחודש מאד - שכל מה שקיי"ל שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הוא דווקא ביאוש שבא לו לאדם בעל כורחו. אולם בדבר שאינו כן שפיר אמרינן שכשם שהשתא ניחא ליה ה"י קודם היה ניחא ליה. ולמעשה מותר לאדם לקחת משל חבירו לאכול היכא שיודע בו שאינו מקפיד אף שחבירו לא יודע מזה ואף שבסוגיא בב"מ שם הביאו התוספות לדעת אביי שאסור במעשה דמרי בר איסק הש"ך חולק בזה על התוספות ולדעתו כל ענין יאוש שלא מדעת מתעורר למעשה ובמקום שהדבר אינו בעל כורחו של האדם שפיר נוכל לומר שיאוש שלא מדעת הוי יאוש. דעת הש"ך הוזכרה בנתיבות הנ"ל שהביא את דבריו ועליהם בנה את יסודו שאומדנא דאילו הוי ידע הוי אומדנא.

להבנת הש"ך עצמו וגם להרחבת הענין יש לעיין בהאי סוגיא של יאוש שלא מדעת.

עצם השאלה של יאוש שלא מדעת ניתנת לכמה הסברים.

ההסבר הפשוט הוא - האם מה שאמרה תורה יאוש הכוונה ליאוש בפועל או דילמא גם חפץ העומד ליאוש סגי להוציאו מרשות בעלים. ניתן לומר שיאוש אינו ככל מעשה הקנאה של הבעלים אלא כעין מצב שבו האדם אומר ווי לי לחסרון כיס אף שאינו רוצה כלל להפרד מרכושו - עצם הענין שהוא יודע שהחפץ אבוד ממנו -סגי בזה להוציאו מרשותו. ובזה נחלקו אביי ורבא האם כיון שכל הענין הוא מצב האדם ביחס לחפץ - יתכן שאין הדבר תלוי כלל בידיעת הבעלים אלא כל חפץ שבפועל אבוד מהאדם ואי ידע האדם מזה יאמר ווי לי לחסרון כיס - כבר התירה התורה לכל המוצאו לזכות בו.

לפי זה יוצא ששאלה זו שייכת רק באבידה וכדומה והשאלה היא בעצם שאלה נקודתית בגדרו של יאוש.

אלא שמתוך הסוגיא שמביאה ראיות לכאן או לכאן מעניינים אחרים כמו תרומה והכשר לקבלת טומאה משמע שהשאלה היא כללית יותר.

באחרונים מובאות שתי אפשרויות עיקריות המתבססות על דברי הראשונים (עיין קהילות יעקב בסוגיא שם).

אפשרות אחת היא שבעלמא היכא שיש אומדנא ברורה מאד שאי האדם היה יודע היה מתייאש – סגי בזה להחשיבו יאוש מהשתא וזהו דין זוטו של ים, אולם באבידה שאין בה סימן חסר מעט באומדנא ולכן חולק אביי וסבור שלא הוא יאוש. כך משמע דעת הריטב"א ועיין נחלת דוד במקום שמאריך. לפי זה יוצא שגם אביי מודה היכא שתהיה אומדנא גמורה אף שידיעתו היא בכח בלבד.

ההבנה היותר פשוטה שנראית מתוך לשון הגמרא היא שאין שום חסרון באומדנא וברור לן שהיה מתייאש אלוי היה יודע שנאבד לו משהו. אולם כיון שאינו יודע בפועל נחלקו אביי ורבא דלרבא כיון שאילו היה יודע היה מתייאש סגי בזה וגם אומדנא כזו דאילו הוא ידע הוא אומדנא מועילה. ואביי סבר שבעינן לידיעה ומחשבה בפועל וכל זמן שלא יודע ולא מעלה בדעתו שאבד לו ומתייאש לא הוא יאוש.

לאור הבנה זו נראה שאביי ורבא נחלקו ממש בשאלה שאנו דנים בה.

ר' שמואל בשיעוריו לב"מ סי' ז מביא שפשוט הוא שכל השאלה של יאוש שלא מדעת שייכא רק בדברים שהם דומיא דיאוש היינו שהם כעין נחותא והתרצות אבל לעשות קנינים ולומר כיון דאילו ידע היה רוצה להקנות ולומר שיחול הקנין – זאת לא עלה על הדעת דודאי לקנין בעינן לדעת מקנה וקונה בפועל ובגלוי וה"ה לכל מעשה שהאדם פועל בו כמו תרומה וכדומה לא שייך למיתי מדין יאוש שלא מדעת וגם לדעת אביי לא יועיל סברת יאוש שלא מדעת לקנינים וכדומה.

אלא שהוקשה לר' שמואל מהסוגיא בקידושין נב, ב:

ההוא סרסיא דקדיש בפרומא דשיכרא, אתא מריה דשיכרא אשכחיה, אמר ליה: אמאי לא תיתיב מהאי חריפא? אתא לקמיה דרבא, אמר: לא אמרו כלך אצל יפות - אלא לענין תרומה בלבד; דתניא: כיצד אמרו תורם שלא מדעת תרומתו תרומה? הרי שירד לתוך שדה חבירו וליקט ותורם שלא ברשות, אם חושש משום גזל - אין תרומתו תרומה, ואם לאו - תרומתו תרומה, ומנין היה יודע אם חושש משום גזל אם לאו? הרי שבא בעל הבית, ומצאו ואמר לו כלך אצל יפות, אם נמצאו יפות מהם - תרומתו תרומה, ואם לאו - אין תרומתו תרומה, היו הבעלים מלקטים ומוסיפים - בין כך ובין כך תרומתו תרומה; אבל הכא משום כיסופא הוא דעבד, ואינה מקודשת.

תוספות במקום כתב :

אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה - התם (בב"מ כב,א) מוקי לה דשויה שליח וא"ת אם כן מאי קאמר שלא ברשות וי"ל דה"ק מה שתורם מן היפה שלא ברשות היה וא"כ צריך לומר גבי פרזומא דשויה שליח דאי לאו הכי מאי מייתי.

משמע בדברי התוספות שלכו"ע בעינן שימנהו שליח כי אל"כ לא מהני מידי וה"ה לענין האריס כאן שמייירי בשוויה שליח לקדש רק לא אמר לו מהיכן לקחת (ויל"ע שם במהות השליחות האם איירי שהוא מקדשה לבעל הבית או לעצמו דפשטות הסוגיא שם נראה שהסרסיא קידשה לעצמו.)

בתוספות ר"י הזקן מיישב אחרת. אמנם בדעת אביי בעינן לשליח בכה"ג שהרי יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אבל בדעת רבא שהוא מרא דשמעתתא שם בקידושין הלא יאוש שלא מדעת הוי יאוש ואין צורך להעמיד שמינהו שליח וקנין הסרסיא חל מכח סברת יאוש שלא מדעת למפרע.

וזה קשה לסברת ר' שמואל הנ"ל הלא בקנינים לא אמרינן יאוש שלא מדעת וא"כ גם לרבא בעינן למינוי שליחות שהרי הכא על מנת לקדש לא די בריצותא וכדומה כיון שהסרסיא צריך לקנות את מה שלקח על מנת לקדש בו אשה. וגם הסוגיא שם בב"מ ממשיכה אחרי שתירץ רבא לאביי שאיירי בעשאו שליח "ה"נ מסתברא דאתם גם אתם מה אתם מדעת אף שלוחכם מדעת" משמע שלמסקנה לא שייך לדבר על שליחות או קנין שדומה בזה לשליחות מדין יאוש שלא מדעת אף לרבא.

תירץ ר' שמואל על פי היסוד של ר' שמעון שקופ (שערי יושר ז, יב) שבקנינים יש שאפשר לעשות רק מצד הקונה ולא בעינן לדעת מקנה אלא שריצוי של המקנה והסכמה לקנין סגי ורק דעת קונה בעינן בשעת הקנין. בההוא סרסיא שרצה לקדש סגי בריצותא של הבעלים על מנת לקנות ובזה מהני לרבא כיאוש שלא מדעת ורק לאביי שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש בעינן שליחות ואינו דומה למינוי שליחות בתרומה ששם ודאי דעת בעינן כפי שהביאה הגמרא שם.

היסוד הנ"ל של ר' שמעון אינו מוסכם. עיין באבן האזל (שכנים ב, ג) שהבין שנחלקו בענין בעל קצוה"ח ובעל נתה"מ בריש סימן רמד. קצוה"ח הבין שם ששליח ההולכת מתנה לא יכול לעשות שליח דהוי מילי לסברת הקדוש מרדוש שכל שאין המוטב מחויב לקבל את מה שיש לשליח חשיב מילי ורק בגט שאשה מתגרשת בעל כורחה לא הוי מילי ויכול לעשות שליח אבל מתנה שיכול המקבל

לסרב לקבלה – הוי מילי ושליח לא עושה שליח. ונתה"מ חלק עליו וסבר שכל הולכת המתנה הוי כמעשה קוף בעלמא ועל כל אין מניעה להעביר זאת לידיו של שליח אחר.

הבין האבן האזל שלדעת קצוה"ח בעינן לדעת מקנה בפועל ולא סגי בהתרצות ונתינת רשות ועל כן השליח הוא הוא המקנה ברגע הקנין וללא זה לא יחול קנין ובעינן שיהיה שליח לזה דבדעת מקנה של הבעלים לא סגי כיון שאינם יודעים אימתי מתבצע הקנין ואילו נתה"מ הבין שלא בעינן דעת מקנה וסגי בהתרצות וכיון שהבעלים מתרצה שיזכה הזוכה במתנה סגי בזה וכל השליחות היא מעשה קוף בעלמא להעביר החפץ ותו לא ואינה שליחות ממש.

לפי זה ישוב הגמרא לר' שמואל הוא רק לדעת נתה"מ.

אולם לעני"ד נראה מדברי קצוה"ח לא כן. קצוה"ח (רעג,א) דן בדעת הרמב"ם שהפקר הוא מטעם נדר והבין שלדעת הרמב"ם המפקיר נכסיו – הריהו כנודר ומסכים שכל הרוצה לבוא לזכות הוא מקנה לו ולא יחזור בו. משמע שעד שלא יגיע לידי זוכה לא יוצא מרשות הבעלים. על זה הקשה קצוה"ח משבת יח,ב שמביאה דעת בית שמאי שסברי הדין דשביתת כלים והאדם אפקורי מפקר להו לכליו קודם שבת. ולדעת הרמב"ם הרי עדיין הם ברשותו – ותירץ על פי הרשב"א ששם הוא הפקר בית דין עיי"ש. ובאמת רוב האחרונים מבינים בדעת הרמב"ם שאינו ממש כנדר וודאי שיצא חפץ המופקר מרשות בעלים דלא כקצוה"ח.

בדעת קצוה"ח יש לעיין דאי לא יצא מרשות בעלים – ורק נחותא איכא לבעלים להקנות שכן אינם נמצאים תמיד ליד החפץ להקנות אחרי שהפקירוהו – כיצד יקנהו הזוכה הלא ליכא דעת מקנה. ומילא לפי החולקים על קצוה"ח בדעת הרמב"ם הפקר הוי מעשה קנין המוציאו מרשותו והזוכה קונה מהפקר ולזה ודאי סגי בקנין מצד הקונה היכא שאין בעלים אבל לדעת קצוה"ח אי אפשר לקונה לקנות ללא דעת מקנה וליכא.

מוכח לכאורה שגם לדעת קצוה"ח סגי במעשה קנין מצד הקונה ובהתרצות מצד המקנה גרידא. ומה שסבר ששליחות למתנה הוי מילי אפשר להבין שדווקא שם שהמינוי היה כן שהשליח יקנה לו בפועל ויהיה הוא ה"דעת מקנה" לא יכול לעשות שליח אבל אם היה ממנה להדיא להוליך בלבד סגי בזה ועיין כתב סופר גיטין כט,ב שהבין כן בדעתו.

יוצא שבין לדעת קצוה"ח ובין לדעת נתה"מ יושבה קושיית ר' שמואל מההוא סרסיא.

ובכל אופן נראה שניתן ליישב הסוגיא שם באופן אחר לגמרי דגם אם בכל קנין בעינן לדעת מקנה מפורשת. שם לא מדובר בקנין רגיל שהרי שם הסרסיא לא קיבל רשות מבעל הבית לזה ולא היתה התרצות כלל ולכן דינו כגזלן והשתא אם הוי יאוש בעלים יכול לקדש האשה ביאוש ושינוי רשות. וכיון שהבעלים לא ידעו מזה רק לאחר מכן שייך האי ענין לסוגיית יאוש שלא מדעת דלרבא מהני ורבא לשיטתו שם ולאביי לא מהני ולכן בעינן להעמיד שעשאו שליח.

גם מהקשר הסוגיא שם שכולה מדברת על עניני קידושין בגזל משמע כן. אמנם יש לעיין שהיאוש הוא לא ככל יאוש ששם האדם מתייאש כיון שאבודה ממנו וכאן הרי אינה אבודה ממנו והוי כאבידה שיש בה סימן שאף שמתייאש לבסוף אין זה מגלה על העבר ואולי זו דחיית הגמרא שמצווה שאני שרק שם אמרינן שמגלה על העבר ולא בדבר הרשות. וגם עקרונית אין זה כל כך דומה למצב של יאוש שהדבר אבוד ממנו והכא הרי יכול לתבוע את שלו מהסריס. ובהערות לקצוה"ח רסב,א הביאו הבנה זו דקונה כגזלן ביאוש בעלים בשם הנו"ב מהוד"ת אבה"ע סי' עז.

היוצא למסקנה – אף אם נאמר שלהלכה נוכל להשתמש בסברת רבא ולומר שאילו הוי ידע מועיל כדברי הש"ך מ"מ להבנתו של ר' שמואל רק במידי דדומה ליאוש אמרינן כן ולא בקנינים שבהם נדרשת גמירות דעת גמורה.

### ה. יאוש שלא מדעת בקנין

שלא כסברתו הפשוטה של ר' שמואל מצאתי דעות באחרונים שלא שללו את הענין והבינו שסברת יאוש שלא מדעת שייכא אפילו במידי שטעון גמירות דעת גמורה לפי רבא וממילא לשיטת הש"ך להלכה.

א. נתה"מ קצו,ד שהוזכר לעיל נקט באופן פשוט מכח הסוגיא בריש המפקיד שאמרינן אומדנא דאילו הוי ידע לאור שיטת הש"ך שקיי"ל כרבא במידי שלא בא לאדם בכל כורחו. ואמנם צמצם את חידושו מכח הראיה מעודר בנכסי הגר שלא קנה שמוכח שם דאומדנא זו לא מועילה לאשווי דעת קונה דלכל קנין בעינן דעת אבל לא מכח שבמידי שבעינן דעת לא יהני יאוש שלא מדעת.

דעת מקנה אליבא דנתה"מ יכולה להיות מכח אומדנא דאילו הוי ידע ואמנם למסקנה גם ר' שמואל מודה בזה אליבא דסברת ר' שמעון שסגי בניחותא ובזה מועילה סברת יאוש שלא מדעת אולם לא מכח זה אתי עלה נתה"מ ולולי מה



שנראה מדבריו שלמעשה קנין בעינין דעת בפועל היה מקום ליצור דעת קונה על ידי יאוש שלא מדעת.

ב. הרמב"ם פסק שהתורם שלא מדעת בעל הבית אם בא בעל הבית ואמר לו כלך אצל יפות מהם תרומתו תרומה. והשמיט את אוקימתת הגמרא בב"מ כב,א שאיירי בעשאו שליח דאתם גם אתם מה אתם לדעת אף שלוחכם לדעת. רבים הקשו על הרמב"ם מדוע השמיט ענין השליחות לאביי דקיי"ל כוותיה ובפרט שאפילו רבא נראה שמסכים שבתרומה בעינין לדעת.

קצוה"ח רסב,א הביא דברי הש"ך הנ"ל שלהלכה קיי"ל כרבא במידי דלא בא לו בעל כורחו ולאור דבריו הסביר שזו כוונת הרמב"ם שכיון שאיכא ניחותא לבעלים שיקח – יכול הוא לקחת לעצמו על ידי גילוי דעתו שלאחר מכן והתורם שלא מדעת הוא כתורם משל עצמו אחרי שאין בעל הבית מקפיד עליו.

ר' שמואל (בשיעורי ב"מ סימן ז) תמה על קצוה"ח דהרי כל מה שניתן להוציא מהש"ך הוא שיכול להנות מחפצי חבירו היכא שיודע בו שלא יקפיד אבל לענין קנין לא איירי הש"ך ועל מנת להפריש תרומה הרי בעינין שיהיה שלו ממש. ר' שמואל יישב קצוה"ח אליבא דיסוד ר' שמעון שסגי בקנין מצד הקונה ולכן ניחותא דמקנה די בה לאפשר קנין גמור.

אמנם בדברי קצוה"ח לא ברור שאפשר לומר כן. מקצוה"ח רמד,א שהובא לעיל לענין שליח מתנה שלא יכול לעשות שליח דהוי מילי הוכיח הגרא"ז מלצר הנ"ל שסובר שבעינין דעת מקנה ממש. אמנם הבאנו הבנות אחרות שם בדברי קצוה"ח.

בתחילת הדברים בסימן רסב שם הביא קצוה"ח להוכיח שבמילי דמצווה כן פסקינן שיאוש שלא מדעת הוי יאוש – היינו שבכל מילי דמצווה אף שהבעלים לא יודע מותר להשתמש בחפציו לצורך מצווה כיון שמצווה שאני. ועיי"ש ראיותיו. ולכן מותר להשתמש באתרוג חבירו או בסוכתו ללא ידיעתו שניחא ליה לאיניש למעבד מצווה בממוניה. אלא שסו"ס קיי"ל כאביי שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ומה אכפת לן בזה שמצווה שאני הרי אינו ידוע לו - חידש קצוה"ח שבמילי דמצווה פסקינן דיאוש שלא מדעת הוי יאוש. (ויש לדון בסברת הדבר שסו"ס לא יודע מזה ומה אכפת לן שהוא מצווה וניחא לו לאחר מכן. עיין קהילות יעקב במקום ועוד).

בתוך דבריו הביא שאדם ששכח לבטל חמצו קודם שעה שישית – בכל אופן יהיה חמצו מותר בהנאה לאחר הפסח – דאיכא אומדנא שאילו היה נזכר

קודם שעה שישית ודאי היה מבטל – לכן אנו אומרים שבמילי דמצווה הידיעה בפועל לא מעכבת והחמץ מבוטל.

ובביטול חמץ ידועה מחלוקת הראשונים האם הוי מתורת הפקר או מתורת שלא ניחא ליה בו וכיאוש. ואי נימא שביטול הוא מדין הפקר – הרי הוי מעשה בפועל הדורש גמירות דעת ובניחותא בעלמא לא סגי – ע"כ לומר שסובר כר"ן שהוי כיאוש, וכך מבין בדבריו ר' שמואל אלא שקצוה"ח לא מחלק בהכי ומשמע שמדבר לכל הדעות ויוצא מדבריו שגם במילי דבעינן דעת גמורה שייכת סברת יאוש שלא מדעת.

קצוה"ח קה,א דן בעניני זכין. בתחילת הדברים מקשה קצוה"ח לדעת התוספות שזכין מתורת שליחות דאנן סהדי שהיה ממנה את הזוכה עבורו לשליח – הלא קיי"ל שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש וכאן הרי אינו יודע מכל המעשה ואיך נאמר שאיכא מינוי למפרע?

הקשו רבים מהאחרונים על קצוה"ח – מדוע מקשה רק למאי דקיי"ל כאביי הלא מוכח בסוגיא בב"מ כב,א שאף לרבא בשליחות לא שייכא סברת יאוש שלא מדעת ד"אתם גם אתם" ודעת בעינן. בדעת קצוה"ח אנו רואים שלרבא אכן שייך מינוי שליחות מכח סברת יאוש שלא מדעת אף שמינוי שליחות דורש גמירות דעת גמורה ולא סגי בניחותא. ומה שמביאה הגמרא שם יש שישבו שרק לענין תרומה חידשה תורה, או לגירסת הגר"א בגליון שם לא קשה ועיי"ש.

אמנם יש מקום לדחות ראייה זו ולומר שגם בשליחות אף שבעלמא גמירות דעת בעינן מ"מ היכא שאדם מתמנה מצידו להיות שליח של פלוני סגי בניחותא והתרצות והוי כקנין מצד הקונה שסגי בהתרצות של המקנה. ועיין שיעורי ר' שמואל שמביא סברא זו בדעת הרמב"ן. אמנם ר' שמואל לא מחלק בין שליחות מצד השליח או המשלח אלא אומר בסתמא שיתכן שליחות על ידי ניחותא בעלמא אבל יתכן לעני"ד לחלק בהכי.

ג. החמדת שלמה בסוגיא בב"מ כב,א ד"ה ע"כ מביא איפכא מסברת ר' שמואל – שדווקא ביאוש יש מקום לומר שלא מהני התרצות למפרע כיון שעצם הענין דאדם זוכה ביאוש הוא חידוש התורה דהרי אין כאן מקנה מרצון – ובזה אמר אביי דלא מהני יאוש שלא מדעת דאין לך בו אלא חידושו. אבל בשאר מידי דריצוי כמו תרומה וכדומה- בזה אפילו אביי מודה שיועיל התרצות למפרע קודם ידיעתו. ומה שמקשה הגמרא לאביי מתרומה הוא רק בהו"א אבל

למסקנה במידי שאינו יאוש – אמרינן למפרע. ובזה מיישב דעת הרמב"ם לענין תורם שלא מדעת בעל הבית דלא צריך לאוקמי בשוויה שליח עי"ש.

העולה מדבריו – כדוגמת הש"ך – שאף שקיי"ל כאביי מ"מ להלכה נוכל לומר כרבא בקנינים וכדומה ודעתו ממש הפוכה מדעת ר' שמואל וסובר שקנינים עדיפי טפי מיאוש.

מכל הנ"ל נראה שסברת ר' שמואל שיאוש שלא מדעת הוא רק במידי דניחותא ולא בדברים הדורשים גמירות דעת אינה מוסכמת ומצאנו למי שמבין שגם בקנינים וכדומה שייך סברת יאוש שלא מדעת ולא מופקע לומר שמכח זה נאמר אומדנא דאלו הוי ידע.

אמנם יש לדון כיצד יתיישב הדבר עם ההלכה שהעודר בנכסי הגר לא קנה. נתה"מ יישב שקנין שאני שבעינן למעשה קנין עם כוונה וכדלעיל.

#### **ו. אומדנא בניגוד לדעתו**

עד עכשיו דיברנו במקום שהאדם אינו מודע ואנו אמדינן דעתו שאלו היה יודע היה גומר בדעתו לעשות כו"כ. בשו"ת אגרות משה מצוי חידוש גדול אף יותר - היכא שהאדם אומר בפירוש שאינו רוצה ובכל אופן כיון שאנן ידעינן שהוא טועה בזה ואילו ידע היה מתרצה לנהוג אחרת – כאילו אמר.

בשו"ת אגרות משה אבן העזר חלק א סימן ב דן באשה שלא מוכנה לקבל גט בטענה שאינה מאמינה בזה וגם מחמת שלא רוצה להיטיב לבעלה ולשחררו שיוכל לישא אחרת :

והנה מסתבר לומר עוד יותר שאף באמרה שאינה רוצה גם בזיכוי בלא שום טעם רק משום שאינה מאמינה בגט, נמי יש טעם גדול לומר שהוא זכות. דהנה בדברי חיים שם כתב דהכא שידעינן שהאשה צווחה שאינה רוצה בגט לית מאן דפליג דאין נעשין שליח עבורה לקבלה בעל כרחה ומה דמשמע ממצאת פוסקים דבזכות גמור לא מהני מחאה לא קיי"ל כוותיהו ויעויין בסוגיא דגר קטן עי"ש. אבל לע"ד המחלוקת היא באחד שיודע שהוא זכות גמור ומ"מ אינו רוצה בהזכות שיש סוברים דלא מהני מחאה מטעם בטלה דעתו ובזה שפיר כתב הדברי חיים שלא קיי"ל כוותיהו כדחזינן בסוגיא דגר קטן וכוונתו שבהגדילו יכולין למחות אף שהוא זכות גמור. אבל הכא בכופרת שמצד טעותה להרשיע ולכפור אינה רוצה בגט, שברור לנו שאם היתה יודעת האמת שהוא דין אמת שניתן מהשי"ת שצריך גט

בדיני התורה וחייבת חנק והולד ממזר היתה רוצה בגט אינו כלום מה שצווחת מצד טעותה והוי זה כזוכה שלא מדעתה שמועיל משום דא"צ שתעשהו לשליח כיון שהאומדנא שהיתה עושה אותו לשליח אם היתה יודעת שזוכה עבורה הגט וה"נ אף שהיא מוחית, אומדנא ברורה היא שאם היתה יודעת האמת שהוא חטא גדול היתה עושהו שליח לזכות עבורה יש להועיל דע"ז ליכא ראיית הדברי חיים מסוגיא דגר קטן. אבל למעשה קשה לעשות נגד דברי הדברי חיים. וגם מרעק"א שהביא כתר"ה שהוצרך לומר דתולין שרק בטורח ובזיון אינה רוצה וע"י זכות היתה רוצה נמי משמע שאינו סובר סברא זו דיחשב זכות מצד שאם לא היתה טועה לכפור היתה רוצה בגט. ולכן צריך לומר כדלעיל שהוא זכות משום דתלין שרק בשביל שאינה רוצה להטיב לבעלה כמו שאמרה אינה רוצה בגט אף שיש גם לה טובה מזה אבל כיון שהאמת שהבעל יהיה מותר גם בלא זה היתה רוצה, והוא כגילוי דעת מדבריה שלכן אף שמצד טעותה שיש בזה טובה לבעלה היא מוחית אינו כלום ויש לדון בזה כדון זכות שמתגרשת בהזיכוי. אך מ"מ צריך לעשות גם שליח להולכה שיתנהו לה מתי שתתרצה לקבלו, ויש להשתדל שתקבל כדי לצאת מחשש ממזרות וכשתדע שכבר נשא אשה ודאי תקבל.

למסקנה הגר"מ לא מוכן לסמוך על חידושו להלכה. אבל בכל אופן חזינן מדבריו ב' דברים מחודשים האחד, לענין מחלוקת האחרונים שהבאנו לעיל האם שייכא אומדנא כזו בשליחות או רק במידי דניחותא חזינן שנוקט בפשטות ששייך אומדנא גם בשליחות ומזה אין צורך לומר שחזר בו. והשני, שאפילו בניגוד לרצונו הגלוי שייכא אומדנא דאילו היה יודע שהוא טועה כל כך היה מתרצה ודי בזה למינוי שליחות. ומזה חזר בו למעשה.

#### **ז. מצבים שונים של אומדן דעת**

יתכן שיש מקום לחלק בין מצבים שונים לגבי אומדן דעת.

במקום שיש אומדנא דמוכח מסתבר שאין כוונת הדברים שאדם חושב על הכל בפועל אלא שהם מונחים באיזה אופן בדעתו.

לדוגמא – אדם המקדש אשה – דקיי"ל שאם נמצאו עליה נדרים הקידושין בטלים, וכן לענין נמצא עליה מום מהותי. ניתן להניח שאדם שמקדש אשה לא חושב כלל על עניני נדרים וודאי בשעת הקידושין אינו אומר בדעתו שהוא מקדשה בתנאי שאין עליה נדרים – אלא שאנו אומרים שכל אדם מקדש על דעת שאשה זו היא כפי מה שחושב שהיא ראויה לאישות רגילה ולחיים רגילים

ואם יתברר שלא כן הוא – לא על דעת כן קידש. וה"ה בכל מקח שסתם אדם עושה קנינים במהירות ולא חושב על גדרי כל קנין וקנין - אלא שאנו אומדים שסתם אדם עושה על דעת כן – ולא שבאמת חשב כן בשעת הקנין אלא שהדבר מונח באיזה אופן בדעתו.

ביותר נצרכת הגדרה זו לדעת רע"א שכל מקח טעות הוא מדין תנאי שודאי סתם אדם לא מתנה בדעתו בשעה שעושה מקח שאם המקח אינו כפי שהוא רואה אזי הוא אינו מתכוון לקנות, אבל כיון שאילו ישאל האדם מייד יאמר שכן – נמצא שהדברים מונחים באיזה אופן בדעתו אף שאינו חושב להדיא ומפרט הדברים במחשבתו.

מצב מנוגד למצב זה הוא המצב שבו אנו דנים. מקום שברור לך שהאדם אינו חושב כלל על הענין. האדם איבד דבר מסוים ואינו יודע כלל מזה – ודאי שאין לו נחותא שאחר יקנה או יאוש שהרי אינו יודע כלל שאיבד. אלא שאנו דנים האם העובדה שאם ידע מזה ודאי יחשוב כן – יתייבש או יפקיר או יקנה יכולה להחשב כאילו כבר יודע וחושב כן.

בין שני הקטבים תיתכן מציאות ביניים - האדם מעונין בדבר מסוים – והוא מודע לאפשרות הזו – אבל אינו חושב עליה באופן מפורט ומדויק.

בסוגיא דריש המפקיד שבה המפקיד מקנה לנפקד את הבהמה על מנת שבמקרה של גניבה יזכה הוא בכפל אחרי שישלם קשה לומר שיש אומדנא להקנות ממש על הצד הראשון שאמרנו שכן רובא דעלמא לא חושבים כן. הסוגיא עצמה הרי הקשתה כיצד ניתן להקנות כפל הרי הוא דבר שלא בא לעולם ותירצה שמקנה הבהמה עצמה ואיכא תרי לישני האם מקנה בשעת ההפקדה או סמוך לגניבה. וכל זה רחוק מאד לומר שהאדם חושב בשעת ההפקדה.

אולם ניתן לומר שסתם אינשי ניחא להו שבמצב שהבהמה תיגנב וישלם השומר – יזכה הוא בכפל ועל דעת כן מפקידים אצלו. על דעה גולמית זו נוכל לומר שיש אומדנא דמוכח. הביטוי המעשי של נחותא זו אמורה להתפרט לקנין הבהמה כפי שמופיע בריש המפקיד כי לולי זה לא יתכן להקנות הכפל אבל זאת סתם אינשי לא יודעים לחשוב. נמצא שבמקרה דוגמת המפקיד יש אומדנא דמוכח על הרצון הגולמי ואין אומדנא כלל על כוונה מפורשת לקנין.

מדברי הרשב"א בב"ק קב,ב שהובאו לעיל נראה שהבין שבריש המפקיד ישנה אומדנא בפועל:

הא דא"ר אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה כסות אשתו ובניו מעיקרא. מדקאמר נעשה כמי שהקנה ולא קאמר כל המקדיש נכסיו מקנה כסות אשתו ובניו משמע דלב ב"ד מתנה על דבר זה קאמר, ולא היא דאי משום תקנת חכמים במקדיש נכסיו קאמר ולא לגבי שאר מילי, א"כ היאך מיייתי ראייה בשלהי פ' נערה שנתפתתה דאלמנה אין שמין מה שעליה מדתנן המקדיש נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו דבמקדיש עבוד בה רבנן תקנתא ולא בשאר מילי, אלא מהתם שמעינן דדינא קתני משום דאנן סהדי דדעתני לאקנויי להו כלים שלקח להן ואף על פי שלא הקנה להן בפירוש ומשום דאמדינן ליה לדעתני אמרו נעשה כמי שהקנה. וכמוהו בריש פרק המפקיד נעשה כאומר לו לכשתגבג פרתי ותרצה ותשלמני פרתי קנויה לך סמוך לגבבתה, ואחרים יש בגמ'. ומכל מקום איכא למידק דלדברי ר' אבא לא הקנה להן בשעת קנייה דנימא דשליחותיהו קא עביד לזכות להן מיד המוכר אלא לאחר שקנאן הקנה אותן להן מדקאמר כל המקדיש, ועוד דר' אבא הוא דנדי מההוא טעמא דר' אבהו דמוקי מתניתין בטעמא דשליחותיהו עביד וא"כ קשיא היאך קנו ומי זכה להן, וי"ל דכל שדעתו קרובה להן הרבה גמר בדעתו בהקנאה וזכייה לקנות ואפילו להפקיע מידי הקדש דאורייתא..

בתוך הדברים דן הרשב"א באופן ההקנאה לאשתו. הקושי הוא שהבעל לא זיכה לה מרגע הראשון שקנה את החפץ אלא הקנה לה לאחר מכן ואזי לא היה מעשה קנין. חידש הרשב"א שהכא כיון דאיכא גמירות דעת מוחלטת להקנות כיון דמקרבא דעתיה אין צורך במעשה קנין. חזינן שמבין שיש אומדנא רגילה ורק בחסרון של מעשה הקנין התקשה. ואי נימא כן בריש המפקיד נמצא שהבין שהיא אומדנא רגילה שאומדים דעתם של המפקיד והנפקד. אי נימא שהרשב"א סבור שהיא ממש אומדנא רגילה לקנין ולא כפי הבנת נתה"מ לעיל שודאי שאין המפקיד והנפקד מכוונים לקנין נוחא. אולם יתכן לומר שהרשב"א מתכוון שיש אומדנא חלקית וכפי שהבאנו וסגי בזה.

אמנם יש לעיין כיצד תועיל אומדנא חלקית זו. ניתן להציע מספר הסברים :

א. "קנין המועיל" - האדם לא יודע כיצד יחול הקנין באופן המועיל ונאמר שדעתו היא דיחול באיזה אופן ובפרט שיועיל על סמך אומדן דעת שניחא ליה שיזכה בכפל וכנ"ל. ומציאות זו גרועה ממציאות רגילה של קנין המועיל ששם האדם עסוק להקנות בכל אופן.

ב. בדומה לאדם החותם בשטר שהוא מחוייב לכל הכתוב אף שאינו מבין את כל הסעיפים בו ולא קרא אותם כיון שהוא סומך דעתו שהשטר מנוסח כהלכה וכהוגן. ה"נ אדם המפקיד מחייב עצמו לכל דבר המועיל על פי דין אף שאינו יודע כרגע כל פרטי הדין. מבחינה זו יצא חידוש שלולי שהמשנה חידשה דין זה – שהכפל נקנה לשומר – הדין לא היה קיים באמת. (לפי זה אפילו שלא היה בדעתו כלל לענין הכפל סגי במחשבה כללית זו לחייבו בכל המתחייב בדין וכוונת הגמרא לאומדנא היא באמת לרצון העקרוני אילו היה נשאל בזה). ראייה לענין זה היא שבויכוח שמתעורר לאחר מעשה הצדדים מבררים דעת ההלכה בנידון - חזינן שכל עצם הקנין נעשה על דעת שיעשה ככתוב בהלכה.

ג. מדין יאוש שלא מדעת – אלא דעדיפא מיניה- ביאוש שלא מדעת קיי"ל כאביי דלא מועיל אבל בזה שהוא כן מודע לאפשרות זו אף שאין דעת מקנה וקונה בפועל נאמר שהוי כאילו יש וכפי שמביא רבא בסוגיא של יאוש כיון שאי הווה ידע היה מתייאש סגי בהכי – ה"נ כיון שאי היו אומרים לו את הדין היה מקנה כדין סגי בהכי ועדיפא מיאוש שהוא ללא דעת כלל.

לפי כל הסעיפים שאמרנו שכל אחד זוקק בירור לעצמו – תובן ההבחנה בין ריש המפקיד לבין העודר בנכסי הגר. העודר בנכסי הגר כלל אינו מודע לכך שפעולת קנין לפניו – לכן אין לו שום גדר ורצון לקנות ולא שייך לבוא מתורת קנין המועיל. גם אינו עוסק בפעולת חלות שנאמר שהוא עושה אותה על דעת ההלכה בנידון.

### ח. סיכום

הסברא הפשוטה אומרת שבמקום שבו האדם לא מודע כלל לאפשרות לעשות חלות כגון קנין, תרומה הפקר וכדומה – אף שברור לן שאם היה יודע היה עושה את אותה חלות אין הדבר מועיל לעשיית החלות שכן בכל דבר בעינן גמירות דעת וליכא.

במקרים מסוימים אנו מוצאים שחידשה הגמרא שאכן ישנה חלות ללא ידיעת הבעלים - מכח לב בית דין מתנה עליהן. ובזה נחלקו ראשונים האם שייך לומר כן בעסקי יחיד ולכו"ע לאו בכל מקום תיקנו על כן אין להסתמך על זה בסתמא.

יש מקום להשוואה לנידון מחלוקת אביי ורבא ביאוש שלא מדעת. אלא שמחד לא נפסקה הלכה כרבא אלא כאביי שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. ומאידך גם אם נאמר כחידושם של כמה מהאחרונים שלהלכה נקטינן סברת יאוש שלא

מדעת באופנים מסוימים, מצאנו שתי גישות בסוגיא שם האם שייכת היא רק בעניינים שחלותם נגמרת על ידי ניחותא דבעלים כמו יאוש, ניחותא דמקנה בקנין מצד הקונה או אפילו במעשים גמורים הדורשים גמירות דעת.

בסוף הדיון הבאנו אפשרות נוספת (שעדיין טעונה בירור) לביאורם של סוגיות שבו נראה שחסרה האומדנא הברורה – שגם אומדנא חלקית או רצון בלתי מפורט יכול להספיק לצורך יצירת חלות.