

הרב מנשה שמרלובסקי

## האם מותר לאכול מפירות חבירו בלא ידיעתו

שאלה זו נשאלת על הנאה של כילוי, אך יש מקום לברר גם על הנאה שאין בה כילוי, שהרי השואל שלא מדעת נקרא גזלן. ויתכן ויש הבדל לדינא בין שני המקרים. שאלה זו מעשית מאד ביחס לבן שאינו סמוך על שלחן הוריו הנמצא בביתם, או חתן אצל חמיו, או חבר אצל אוהבו.

### א. סוגית מרי בר איסק

הסוגיא הקשורה ישירות לנושא היא הסוגיא בב"מ כב,א בסיפור על שלושת האמוראים שנקלעו לפרדסו של מרי בר איסק המובא באמצע סוגית יאוש שלא מדעת.

הגמרא מספרת: "אמימר ומר זוטרא ורב אשי אקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק. אייתי אריסיה תמרי ורימוני ושדא קמיהו. אמימר ורב אשי אכלי מר זוטרא לא אכיל. אדהכי אתא מרי בר איסק אשכחינהו וא"ל לאריסיה: אמאי לא אייתית להו לרבנן מהנך שפירתא?! אמרו ליה אמימר ורב אשי למר זוטרא: השתא אמאי לא אכיל מר, והתניא אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה (כלומר באמירת מרי בר איסק יש גילוי דעת שנוח לו באכילתם) אמר להו: הכי אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד משום דדמצוה היא וניחא ליה, אבל הכא משום כסיפותא הוא דאמר הכי".

השאלה העיקרית אותה עלינו לברר היא, מהו טעמם של אמימר ורב אשי שאכלו עוד לפני בואו של מרי בר איסק, ובמה חולק עליהם מר זוטרא.

### הסבר א'

ניתן היה לאמר שהם סוברים כדעת רבא בדין יאוש שלא מדעת דהוי יאוש. כלומר כאשר דרושה הסכמת בעל הממון, ואני מניח שבעל הממון עתיד להסכים כשיוודע לו הדבר, אני יכול לפעול כבר עתה על סמך ההסכמה העתידית. כך לגבי יאוש כך לגבי תרומה (לפחות לפי ההו"א של הגמרא) וכך כאן לגבי אכילה

מפירות בעה"ב בלא ידיעתו<sup>1</sup>.

כך נראה לפרש בדעת רש"י שכותב על מר זוטרא - "לא אכל": "דגול נינהו שהבעלים לא ידעו", ואילו על אמימר ורב אשי שאכלו לא כותב רש"י שום הסבר. ובפשטות נראה שרש"י פירש שחלקו במחלוקת אביי ורבא, אחרת היה רש"י צריך להסביר מדוע אמימר ורב אשי אכלו<sup>2</sup>.

הסבר זה למחלוקת מעלים בתוד"ה "מר זוטרא" ודוחים אותו: "דאין לומר שהיה סומך (אמימר) שיתרצה מרי בר איסק כשידע" ודוחה: "דהלכה כאביי ואע"ג דהשתא ניהא ליה מעיקרא לא הוה ניהא ליה". וכן מובא בריטב"א בשטמ"ק (ואין זה כריטב"א שלפנינו) שיש שפירשו כן והריטב"א דוחה זאת כדחית התוס'. ובתוס' רא"ש ובתוס' שאנץ מוסיפים שמוכח שרב אשי עצמו סובר כאביי. וכן פוסק בהגהות אושרי: "אך על זה לא היה סומך, שהיה יודע שמרי יתרצה בדבר כשידע דהא קי"ל כאביי דאמר מה שעתיד להיות אינו חשיב כתחילה".

הסבר ב'

התוס' מפרשים שמדובר כאן באריס שנתן להם מחלקו ולכן אמימר ורב אשי אכלו וכרבא בב"ק (קיט,א) שקנה שבישתא (חבלי זמורות) מאריס ועל טענת

1. נראה לאמר בדעת רבא שאפילו אם לא יתיאש בפועל בסופו של דבר, כגון שמת קודם שהדבר נודע לו, או בדבר שלא עתיד לידע ממנו לעולם הוי יאוש, שכל שאילו היה יודע היה מתיאש נחשב הדבר כאילו התיאש כבר עתה, שאין צורך ברצון בפועל אלא בהסכמה, ואף זה נחשב כהסכמה. אמנם אם לכשיוודע לו ואמר במפורש שאיני מתיאש נתברר שלא היה כאן יאוש, ולא זכה בדבר מעולם, (חוץ מזוטו של ים דבטלה דעתו) וכן בנושא הנידון נאמר שנתברר שאכל את הפירות בגזל ויצטרך לשלם בעדם. אמנם אם נאמר שלדעת רבא יאוש שלא מדעת הוי יאוש רק כאשר לבסוף ידע מכך המאבד ויהיה יאוש בפועל, אף כאן יהיה מותר רק אם הבעלים עתידים לידע מהאכילה.

2. יש להעיר הרי דין יאוש שלא מדעת מבוסס על ההנחה שכשיוודע לו הוא יתיאש וכן כאן, כשיוודע לו הוא יסכים. ואמימר ורב אשי שאכלו יצאו מתוך הנחה שמרי בר איסק יסכים, וא"כ מדוע מר זוטרא לא אכל מיד כשמרי בר איסק בא וראה את הפירות לפניו, הרי ודאי הוא מסכים עתה. ואם נאמר שסבר מר זוטרא שצריך הסכמה כדיבור, מדוע שלא יפרש את אמירת מרי בר איסק בניחותא ולא משום כיסופא שהרי ההנחה הראשונה היא שמרי בר איסק רוצה בכך. ולפי זה יוצא שמר זוטרא חולק עליהם גם בהערכת רצונו של מרי בר איסק, וצ"ע.

אביי שם מהמשנה שלא לוקחים עצים ופירות משומרי פירות עונה רבא: "ה"מ בשומר דלית ליה בגופא דארעא מידי, אבל אריס דאית ליה בגויה, אימא מדנפשיה קא מזבין".

ועל הקושי א"כ מדוע מר זוטרא לא אכל, עונים תוס' שבב"ק מדובר שהביא האריס מהבית ומסתמא ממה שקיבל כבר אחר חלוקה, אך כאן מדובר שהביא מהפרדס וחשש מר זוטרא שמא בשעת חלוקה לא יאמר זאת לבעל הפרדס, ורב אשי לא היה חושש לכך ולכך אכל.

ולכאורה קשה הסבר התוס', שאם מדובר שהאריס נתן להם קודם חלוקה, אעפ"י שנתכוון לתת להם מחלקו הוי חולק שלא מדעת בעלים, ואפילו אם נאמר שמסתמא יהא ניחא לבעלים בחלוקה זו, זה גופא הוי כדין יאוש שלא מדעת דלא הוי יאוש. יתכן שתוס' סוברים שיש לכך הסכמה מראש של הבעלים, וכעין זה ברמב"ן "דבעלים גופיהו ניחא להו דלפליג אריסא במחובר בכה"ג". אמנם יתכן שהרמב"ן סובר שבזה גופא חולק מר זוטרא ולא כהסבר תוס' (הרמב"ן כנראה גורס רב אשי במקום מר זוטרא).

הריטב"א המובא בשטמ"ק באמת דוחה הסבר זה, שודאי במחובר דין אריס כדין שומר. ומעמיד הריטב"א את המקרה בפירות שהיו עומדים לימכר "ורב אשי אכול על דעת דאי ניחא ליה למרי בר איסק, ואי לא יפרעו דמיהם", יעו"ש.

העולה מכל האמור עד כאן ביחס לשאלתנו, שיהיה אסור לאכול שלא ברשות הבעלים. שרק לדעת רבא יהיה מותר כדין יאוש שלא מדעת. ולאביי יהיה מותר רק במקרה של אריס. ויתכן שגם במקרה של אריס יהיה מותר רק כשנותן להם אחרי חלוקה כדעת מר זוטרא.

וכן פוסק השו"ע (חו"מ שנ"ח, ד) "מותר ליקח מהאריס שהרי יש לו חלק בפירות ובעצים", וברמ"א: וי"א דדוקא לאחר שחלקו, דסתמא שלו הוא מוכר, אבל קודם חלוקה אסור דחיישינן שלא יתן לב"ה נגד מה שנטל". הרמ"א פסק כתוס' וחשש לדעת מר זוטרא.

ובש"ך שם (ס"ק א') "מדברי תוס' פרק אלו מציאות והגהות אושרי והגהת מרדכי שם מבואר דאם אדם נותן לאכול לחבירו מדבר שאינו שלו אלא של חבירו, אעפ"י שיוודע שחבירו יתרצה אסור לאכול, דהלכה כאביי דיאוש ש"מ לא הוי יאוש".

## ב. הסברים אחרים לסוגיתנו

## הסבר ג'

הר"ן מביא בשם הרשב"א הסבר אחר לאכילתם של אמיר ורב אשי וז"ל: "דאפילו לית לה חולקא בפירי, שרי, לפי שאומדן דעת הוא שאין בעל הפרדס מקפיד בכך וכך נהגו.

דמי למאי דאמרינן בתוספתא דפרק בתרא דב"ק (יא,ג) הבן שהיה אוכל משל אביו, וכן עבד שהיה אוכל משל רבו, קוצה ונותן פרוסה לבנו ולעבדו של אוהבו, ואינו חושש משום גזלו של בעה"ב שכן נהגו, ומשום האי טעמא נמי אמרינן בהגוזל בתרא שגבאי צדקה מקבלין צדקה מן הנשים בדבר מועט."

בהסבר דבריו נראה שכיון שזהו המנהג יש לכך הסכמה מראש ומותר.

ומסתבר שאף אם לא היה מנהג של כלל העולם, אלא מנהג רק אצל בעה"ב הזה, גם כן מותר. ומה שכותב הרשב"א "שכן נהגו" בלשון רבים זהו משום שדבר שהוא מנהג הרבים, יכול אני להניח שזהו ג"כ מנהג בעה"ב הזה. אמנם אם יגלה דעתו מראש שלא ניחא ליה ודאי אסור, ולא כדין זוטו של ים, שם אפילו עומד וצווח שאינו מתיאש לא מועיל, ששם המציאות היא שהדבר אבוד ממנו ומכל אדם, וגזה"כ שבמקרה כזה פקע שם הבעלים מהדבר, או שאנו אומרים בטלה דעתו אצל כל אדם וכן ברש"י.

ולפי זה יש להסתפק בדברי הרשב"א אם יבוא אח"כ ויאמר שלא ניחא ליה אם נאמר שעתה נתברר שלא ניחא ליה ויצטרך להשיב לו את מה שאכל, או שנאמר בזה בטלה דעתו אצל כל אדם כזוטו של ים. אך ודאי שמראש יכול הוא לומר שאינו רוצה שיתנו מנכסיו אפי' דבר מועט.

העולה מדברי הרשב"א ביחס לשאלתנו שאם הדבר מנהג מקובל, מותר הדבר. ומסתבר שאף שאר הראשונים שלא פירשו בסוגיתנו כרשב"א אינם חולקים עליו בעצם הדין, שהרי הוא מבוסס על התוספתא, אלא חולקים רק אם נכון לאמר כן במקרה שלנו דהוי מנהג בזה.

אמנם לשון התוספתא שם "בדבר מועט" ומסתבר שרק בדברי מועט יהיה מותר לקחת בלא רשות, שרק בכך הוא המנהג, אולם בדבר מרובה לא. ועדיין יש לברר האם יש מקום להתיר אפי' בדבר מרובה כאשר האדם יודע שאין דרך הבעלים להקפיד.

## הסבר ד'

הריטב"א כותב: "וכ"ת אם כן אמימר ורב אשי היכי אכלו? י"ל דמידע ידעי דמינח הוי ניחא ליה למרי בר איסק שיהנה ת"ח מנכסו, ולא אתא באיסורא לידיה, דרחמנא שרייה מעיקרא, דאע"ג דלא ידע כי האי שהן ת"ח, כדאמרינן בזוטו של ים".

למדנו מדברי הריטב"א שההיתר כאן מבוסס על דין זוטו של ים המובא בגמ' (כא,ב ובדף כד,א) כשמביאה הגמ' את מחלוקת אביי ורבא אומרת הגמרא בדבר שיש בו סימן כולי עלמא לא פליגי דלא הוי יאוש... בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר אע"ג דאית ביה סימן רחמנא שרייה, כדבעינן למימר לקמן כי פליגי וכו'".

יש מהראשונים, וכן נראה ברא"ש, הסוברים שזוהי גזה"כ שדבר שאבוד ממנו ומכל אדם פקע מבעליו, ומותר למוצא בלא קשר לדין יאוש (וכן בתוס' כז,א ד"ה "מה" לומד דין יאוש באבידה מהלימוד "מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנים", בניגוד לירושלמי המובא בסוף התוס' הלומד זאת מהפסוק שלומדים ממנו דין זוטו של ים: "אשר תאבד ממנו ומצאת" מי שאבדה הימנו וכו'). ודאי לפי פירוש הרא"ש א"א ללמוד מדין זוטו של ים לעניננו.

פירוש אחר שדין זוטו של ים נובע מדין יאוש, וכפי שרואים שהירושלמי למד מכאן את דין יאוש. המיוחד בזוטו של ים שודאי לנו שיתיאש, ואפילו שיאמר שאינו מתיאש נאמר בטלה דעתו.

מהריטב"א למדנו שדין זוטו של ים הוא מדין יאוש, אך כיון שברור בצורה מוחלטת שיתיאש גם לאביי הוי יאוש, אע"פ שבא לידי המוצא קודם שידע המאבד. ולמד מכך הריטב"א שה"ה במקרה שלנו כיון שהיו ת"ח, ברור היה שמרי בר איסק יסכים למעשהו של האריס, ולכן גם לאביי היה מותר לאכול. בנחל"ד על הגמ' כב,א "שטף נהר" בד"ה "שוב ראיתי" מביא את פירוש הריטב"א ומשבח אותו ובמסקנה דעתו נוטה שזו היא גם דעת הרמב"ם.

בהסבר סברת ההבדל יתכן לאמר שכל שהדבר ודאי אפשר לראות את הדבר כאילו הדבר נעשה כבר (לפחות לגבי דברים הדרושים רק הסכמה ולא יצירת חלות), ובדומה לדין כל העומד ליבצר וגם אביי מודה בכך.

יש לעיין, שלפי הסבר הריטב"א יוצא שמחלוקת אביי ורבא היא דוקא

בדבר שאין בו בטחון מוחלט שיתיאש, ויש להקשות הרי ההלכה שאין הולכין בממון אחר הרוב, וכיצד יהיה מותר לרבא לקחת זאת, על סמך החזקה שמסתבר שהוא יתיאש? ונראה שדין אין הולכין בממון אחר הרוב הוא רק כאשר הבי"ד דנים בבירור הממוני למי הדבר שייך, והלכה שרוב אינו ראיה. אך כאן הדיון איננו של הבי"ד אלא של האדם עצמו כשהבעלים אינם טוענים כנגדו טענה, אם מותר לו ליקח את הדבר או לחשוש לאיסור גול, ובכך אנו דנים ככל דיני איסורים שהולכים בהם אחרי הרוב וכלשון הגמ' ב"ק מ"ב. כ"י אזלינן בתר רובא באיסורא אבל בממונא לא אזלינן בתר רובא אלא המוציא מחבירו עליו הראיה", ונראה להוכיח כן מתירוץ הגמ' על קושיתה ממעות מפוזרות: "והא לא ידע דנפל מיניה" ועונה גמ': כדרבי יצחק דאמר אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה", ומסתבר דהוי רק בגדר חזקה של רוב, אך אין בכך ודאות מוחלטת שהמאבד הבחין באבידתו לפני מציאת המוצא, ובכל אופן מועילה החזקה להתיר למוצא<sup>3</sup>. אך מתוס' ב"ב כג"ב ד"ה "חוק" ועוד ראשונים שם נראה שההסבר הוא שונה. שעל הדין שם לגבי ניפול הנמצא שהולכים אחר הרוב. מקשה תוס' הרי אין הולכים בממון אחר הרוב מתרץ שהמאבד אינו מוחזק וכשאין חזקה בממונא הולכים אחר הרוב.

העולה מדברי הריטב"א, שאם תהיה ודאות שהבעלים יסכימו, כגון בן אצל הוריו, הדבר מותר. אמנם כפי שראינו, ראשונים אחרים לא פרשו כאן כריטב"א, וגם בהסבר זוטו של ים הסבירו אחרת (ועוד יש להסתפק גם לריטב"א אם צריך לחשוש לדעת מר זוטרא).

הסבר ה'

המאירי כותב: "ומכל מקום אם היו תלמידי חכמים ובטוחים הבעלים שנוח לו ליהנות תלמיד חכם מנכסיו אף בלא גילוי הדעת מותר, ואין זה דומה ליאוש שלא מדעת, שיאוש שלא מדעת כשיתיאשו לא יתיאשו אלא מתוך שאין להם בה סימן, אבל זו בידוע שרוצה בכך ואין כאן לומר באיסורא אתא לידיהו, וכל שכן אם היה זה אריס שיש לו חלק בהם, שאף בעל מותר חלקו כמוהו."

מתחילת דבריו היה נראה לומר שמפרש כריטב"א שמדגיש: "ובטוחים הבעלים שנוח לו", אך מהמשך דבריו ברור שאין זה כפירוש הריטב"א, שלריטב"א אין זה משנה אם נוח לו או מתיאש בעל כורחו אלא כל שהדבר

3. אמנם יש חזקות התנהגות שעדיפות מחזקה רגילה ואין דינם רק כרוב אלא ביחס להן אנו אומרים "אנן סהדי" והוי כעדים כמובא פעמים רבות בתוס' לדוג' ב"ב ב. סד"ה "לפיקך".

ודאי - הדבר מותר, ומהמאירי נראה אחרת. ונתיחס לדברי המאירי להלן אחר שיטת הש"ך.

## הסבר ו'

בשטמ"ק ד"ה אמימר כותב: "נ"ל דהיינו טעמא דידע במרי בר איסק שהיה אוהב תלמידים וניחא ליה, והוה ליה כאילו הרשה את האריס מתחילה לכך. ולא מתורת יאוש שלא מדעת או מתנה או מחילה שלא מדעת נגעו בה". ממבט ראשון נראה הסבר זה כהסבר המאירי, אך נדון בכך ויתכן לחלק ביניהם.

יש לקשר להסברים האחרונים את פסק הרמב"ם בתרומות (פ"ד ה"ג): "התורם שלא ברשות, או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם, אם בא בעה"ב ואמר לו: כלך אצל יפות, אם היו שם יפות ממה שתרם תרומתו תרומה שהרי אינו מקפיד...".

וקשה, שהרמב"ם לא מזכיר כלל בהלכה זו שמדובר דוקא שעשהו קודם לכן שליח כדברי רבא בסוגיתנו: "תרגמא רבא אליבא דאביי דשויה שליח" יש להוסיף לקושיא שהמשך הגמ': "ה"נ מסתברא וכו'" נאמר שגם לרבא יש להעמיד דוקא בשויה שליח. אמנם יש בגמ' גירסה אחרת, אך עכ"פ מאביי שכמותו הלכה ודאי קשה.

הב"י ביו"ד (של"א ד"ה "התורם") מתרץ עפ"י סוגיתנו: "אמר להו: הכי אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד, משום דמצוה הוא וניחא ליה וכו'", ואף שכאן נראה שהדברים נאמרו רק כדי להסביר מדוע אין לסמוך על דבריו של מרי בר איסק לענין מכאן ולהבא, אך הדבר מוזכר גם בגמ' בקידושין (נב,ב) ושם מדובר לענין קידושין, והשאלה היא למפרע ולא מוזכר שמדובר בשויה שליח (ואכן תוס' שם מעמידים בשויה שליח) ואף שם מוזכר החילוק בין תרומה דהוי מצוה, ומכאן לומד הב"י בדעת הרמב"ם שמסקנת הגמ' שאין צורך במינוי שליח, וטעמא דכיון דמידי דמצוה הוא כיון שגלי שעתיה השתא דיינינן דהכי הויה דעתיה מעיקרא, והוי כאילו שויה שליח" - לשון הב"י.

אמנם לא מוסבר מה הסברא בכך, שסוף סוף לכאורה לפי אביי יש כאן את הבעיא של יאוש שלא מדעת.

בנחלת דוד על הגמ' "תרגמא אליבא דאביי" בד"ה "שוב ראינו" מפרש גם כן כב"י שהטעם של הרמב"ם משום ניהותא דמצוה, אך בניגוד לב"י שפירש

שהרמב"ם למד זאת מהסבר הגמ' לאי אכילת מר זוטרא, מפרש הנחל"ד להיפך שלמד זאת ממה שרב אשי ואמימר אכלו. ומסביר את אכילתן כדברי הריטב"א דלעיל שהטעם שאכלו מדין זוטו של ים, שבדבר שברור שיתרצה הדבר מותר. ומוכיח שאם למצוה כזו שיהנה ת"ח מנכסיו שאינה מצוה ברורה לרב אשי ולאמימר מותר ק"ו במצוה גמורה. (ומר זוטרא שלא אכל, מפני שהחשיבה לרשות. כך פירש הנחל"ד שם. ולכאורה מה משנה אם רשות או מצוה העיקר אם יהיה ברור שיהא ניחא לו בכך או לא, וכנראה שלא עשו מחקר לברר דבר זה אלא העיקרון שבדבר מצוה אנו מניחים שודאי יהא ניחא לבעלים והמחלוקת ביניהם אם הדבר הזה נחשב כמצוה.)

אמנם הב"י לא הזכיר בהסבר דבריו שהדבר נלמד מדין זוטו של ים ונראה שהסביר אחרת דין זה. ונראה להסביר שהדבר מועיל כדין זכין לאדם שלא בפניו, שכל שהדבר ניחא ליה אגן סהדי שמעיקרא ניחא ליה ואין כאן בעיה של יאוש שלא מדעת. וכך אפשר לפרש את דברי השטמ"ק שהוזכרו לעיל ואולי גם את המאירי.

ונראה גם לפי הסבר זה כל שהוא רוצה בדבר מותר הדבר אע"פ שאינו מצוה שסוף סוף רוצה הוא בכך ואינן סהדי דמעיקרא ניחא ליה. אולם בקצות רס"ב, א מביא את דברי הב"י הנ"ל וסובר שהדברים נאמרו דוקא במילי דמצוה. ולכן מותר ליקח אתרוג חבירו שלא מדעתו או לישב בסוכת חבירו שלא מדעתו ואמנם דוקא שאין בכך חסרון ששם מדובר שלא בעל הממון עצמו עושה את המצוה, אך בדבר שמוטל על בעל הממון עצמו כמו תרומה אנו אומרים כן אפילו אם יש בכך חסרון קצות שם אך אסור לאכול משל חבירו אע"פ שידוע שיתרצה כפסק התוס' והגהות אושרי כיון שלא הוי מילי דמצוה.

וכן הקצות בסימן שנח, א מתקשה על דין התוס' מהדין בכתובות מח' מי שנשתטה בי"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר (תכשיט) ומתקשה הרי אע"פ שידוע לנו שודאי אם ידע יתרצה בכך הרי הוי יאוש שלא מדעת, וכותב שאפשר שלגבי בניו ובנותיו אפי' מעל גיל שש הוי מצוה וניחותא דמצוה שאני אך לגבי תכשיט נשאר בצ"ע. ולעין להלן בפרק ד' בדיון על דין זכין.

## ג. שיטת הש"ך

א. הש"ך שנ"ח ס"ק א' המביא שמדברי התוס' והגהות אושרי והגהת מרדכי אסור כותב על כן: "ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר ויאוש שלא מדעת



שאני שגם אח"כ אינו מתיאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובע"כ הוא מתיאש, א"כ אמרינן מעיקרא באיסורא אתי לידיה דבמה יקנה אי ביאוש הא השתא אינו מתיאש ואילו היה יודע שהוא אצלו לא מתיאש משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצה. א"כ השתא נמי בהיתרא אתי לידיה דמסתמא אינו מקפיד על זה".

בשו"ת עונג יו"ט יו"ד ס' ק"א מפרש אם דברי הש"ך כך: שהדין של אביי שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הוא דוקא ביחס לדברים שצריך ע"י הסכמת הבעלים לעשות פעולה חדשה בממון, כגון באבידה לזכות בה - העברת בעלות או בתרומה להחיל על התבואה שם של תרומה ובפירות להכשירם לקבל טומאה. בכל אלו אנו פוסקים שאין להתחשב עתה בהסכמה העתידית של הבעלים. אולם בנידון דידן שהשאלה היא אם מותר לאכול אם פירות הבעלים אין אנו באים להחיל שם חדש על הפירות ולכך מספיקה רשות של הבעלים ואין צורך להעביר את הבעלות על הפירות. (יעויין רמ"א רמ"ז, יז בשם תה"ד שהאומר לחבירו אכול עמי יכול לתבוע אח"כ תשלום על האוכל שאין במה שנותן לו רשות לאכול הקנאת האוכל אלא רק רשות לאכול משלו ויעויין באה"ע כח, ז ובפ"ת שם במה שמביא מנוב"י ס' נ"ט ומנוב"י"ת ס' ע"ז).

ולכן כאן אין צורך בידיעה מפורשת גם לאביי, אלא כל שאין עיכוב מצד הבעלים הדבר מותר. ונמסתר שלדבריו יהיה מותר גם אם הדבר לא יודע לעולם לבעלים] לעומת אבידה מצד ההקפדה א"א לאמר שאין הבעלים מקפידים שהמוצא ישתמש בדבר שודאי אם היו יודעים מי המוצא היו רוצים שיחזיר להם. ואם נבוא להתיר מצד הזכיה ע"י היאוש בזה אנו אומרים יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. ולע"ז שמאריך בראיות לחילוקו זה ומסכים לדינא עם דעת הש"ך. וכן נראה בנוב"י"ת ס' ע"ז שמסכים לדינא לדעת הש"ך.

אמנם נ"ל מהש"ך עצמו שלא התכוין להסבר העונג יו"ט שכן הוא כותב בהמשך דבריו "ואע"ג דבש"ס מדמה תרומה וטומאה ליאוש שלא מדעת טעמא אחרינא איכא התם דלענין תרומה וטומאה ידיעה ממש בעינן עי"ש", ולפי הסבר העונג יו"ט אין כל מקום להערה זו של הש"ך שהרי מתרומה אע"פ שגם שם מסתמא אינו מקפיד אך שם הוי חלות חדשה, ולהסבר העונג יו"ט ברור שלאביי הוי דין יאוש שלא מדעת (ולא נראה שזה גופא תשובת הש"ך - "דלענין תרומה וטומאה ידיעה ממש בעינן" שהרי לפי העונג יו"ט זה גופא חידושו של הש"ך ולא היה מקום להקשות זאת בסוף דבריו) אלא נראה שכונת הש"ך שבהם הוי דין מיוחד מגזה"כ. (ואע"פ שבגמ' נראה שהדבר מופיע רק בתירוץ הגמ' נראה שהתירוץ הוא שגזה"כ שצריך ידיעה כבר בנתינת הטל ובמינוי השליח ולא מספיק שידע אח"כ וצ"ע בכך).

לענ"ד נראה שהש"ך לא ירד לחלק כחילוק העונג יו"ט בין קנין לרשות אכילה, אלא סברתו שכל שאין הבעלים מקפיד יכול האחר לפעול בחפץ בין לאוכלו ובין לקנותו חוץ מדבר שיש גזה"כ כגון בתרומה.

העולה מכאן שלפי הש"ך והעונג יו"ט אין איסור לאכול מאוהבו בלא ידיעתו אולם הש"ך עצמו כותב "ואי לאו דמסתפינא" שכן הוא חולק בכך על הראשונים. אולם נוב"י ס' עז' נראה שמסכים לדינא עם הש"ך וכן העונג יו"ט שהובא לעיל. וכן נראה מהנתיבות סו, כח שסובר לדינא כש"ך. לעומתם עי' קצות רס"ב סק"א שאינו סובר כש"ך וכן מפורש בדבריו סי' רט' סוף ס"ק ה'.

ב. אפשרות נוספת להתיר את הדבר היא עפ"י דין זכין לאדם שלא בפניו. שאם אנו מעריכים שאם ידעו מכך הבעלים לא רק שיסכימו לאכילה אלא ישמחו בכך ואם יתברר להו שנמנעו מלאכול יצטערו על כך יתכן לאמר כאן דין זכין, שבפשטות דין זכין מבוסס על אגן סהדי שניחא לו בכך ועשהו שליח. ואף כאן אף שלא שייך בזה שליחות אך ניתן לאמר שאגן סהדי שרוצה בכך ואפשר לפעול עפ"י אגן סהדי זה שהרי גם אגן סהדי שרוצה שיהיה שליח מבוסס קודם על אגן סהדי שרוצה את עצם הדבר. (ואין זה כהסבר הש"ך שהש"ך לא הזכיר את דין זכין ובפשטות לדבריו אפ' אם אינו שמח במיוחד בכך אלא כל שאינו מקפיד הדבר מותר)

מסתבר שזו כוונת השטמ"ק שהובא לעיל "דידע במרי בר איסק שהיה אוהב הולמדים וניחא ליה והוה ליה כאילו הרשה את האריס מתחילה..." ויתכן שזו גם כוונת המאירי. ויתכן שאין המאירי מצריך שירצה בכך אלא כל שאינו מקפיד בכך מותר וכסברת הש"ך שהובאה לעיל שכך לשון המאירי: "ויאוש שלא מדעת כשיתיאשו לא יתיאשו אלא מתוך שאין להם סימן" כלומר בעל כרחם וכסברת הש"ך אך המשך דבריו "אבל זו בידוע שירצה בכך" משמע יותר דוקא בדבר שיש לבעלים רצון חיובי וצ"ב.

אמנם יש לדון בכך עפ"י דברי הקצות רמג, ח שם דן על דברי תה"ד ביחס למשרתת הלשה את עיסת בעלי הבית, ובעלת הבית איננה שם כדי להפריש חלה שיכולה המשרתת עצמה להפריש שזכות הוא לבעה"ב שתפרוש מהעיסה קודם שתתקלקל. והקצות חולק על כך עפ"י דברי הרשב"א בנדרים. שסובר הקצות שדין זכין קיים דוקא כשזוכה לאדם איזה דבר כמו כמזכה חפץ או במפריש משלו על של חבירו אך אין אומרים זכין מאדם ואי אפשר לתרום משל חבירו אע"פ שזה טוב לו. הקצות שם מסביר ש"אין זה זכות אלא נוחותא איכא ושליחות לאו מתורת נוחותא הוא ובעינן לדעתכם דוקא". ולפי זה יתכן

היה לאמר בשאלתנו שבה אין צורך לשליחות שאין כאן יצירת חלות אלא רק היתר אכילה שגם לדברי הקצות מותר. אך נ"ל לפרש דבריו שכאשר זוכה מאדם אין בכך זכות גמורה אלא רק נוחות ולכן בכך לא אומרים אנן סהדי ואין הוא שליחו לכך וא"כ גם בעניינינו אין לומר אנן סהדי להתיר לאכול<sup>4</sup>. יש להעיר שגם אם נחשוש לדברי הקצות מסתבר שזה דוקא בהנאה של כילוי אך הנאה של שימוש לא.

בספר באר יצחק לר' יצחק אלחנן מקוונא ס' א-ב דן באריכות בנושא זה ביחס לשאלה אם מועיל שבי"ד ימכרו חמץ למי שהיה אנוס למכור חמצו מדין זכין. וחולק הוא שם על הקצות וסובר שקיים דין זכין גם כשזוכים מאדם כפי שמוכיח מהר"ן בבת קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה. ומדין אפטרופוס המוכר בנכסי יתומים.

אולם לגבי הדין שלנו חולק הוא על הש"ך וסובר לאיסורא. כפי שכותב בענף ו' "עכ"ז נחוש דלמא ימחה אחר שיוודע ולא יסכים דאף דאין זה רק חשש מיעוטא עכ"ז הא ברוב דאיתא לברורי קימא לן דמבררין א"כ יכול להיות שימחה ויתברר שיהא איסור גזל וכמו שאמרו בקידושין מו' דחיישינן שמא יבוא אביה וימחה". "ועוד דהא יש בזה הוצאת ממון דקי"ל אין הולכין אחר הרוב דמשום סמוך מיעוטא לחזקה נגעו בה כמש"כ בר"פ המניח".

יש לשים לב. אין ר' יצחק אלחנן אוסר מפני דעת אביי שיש כאן דין יאוש שלא מדעת, אלא הוא חושש שאם במקרה ובסוף לא יסכים הבעלים לאכילתו יתברר למפרע שהיה כאן איסור גזל. ומסביר הוא מדוע אין לסמוך בכך על הרוב.

ונראה לענ"ד לגבי הטעם הראשון שכתב מסתבר שזה דוקא שיכול עתה לברר אך אם אין הבעלים נמצא כאן כלל ואינו יכול לברר עתה לצורך אכילתו העכשוית אין זה נחשב יכול לברר. לגבי הטעם השני הזכרנו לעיל פרק ב' הסבר ד' שיתכן ודין אין הולכין בממון אחר הרוב הוא דוקא כאשר הדיון הוא בבב"ד, ובי"ד צריכים לפסוק בין שני הצדדים, והלכה שאין הרוב ראייה. אך כאשר השאלה היא רק ביחס לאדם עצמו, והחשש הוא איסור גזל שעומד לעבור הרי זה ככל האיסורים בתורה שיכול לסמוך על הרוב. אך לפי התוס' ב"ב כג,ב ד"ה

4. יש להעיר שדבריו כאן נראים כסותרים את דבריו בס' רסב, א שנה, א שם הביא את דעת הרמב"ם לגבי תרומה והסבר הב"י ומשמע שמסכים עמו לדינא ויתכן שכל הדיון שדן בסימנים אלו הוא לשיטת הרמב"ם וליה לא סבירא ליה.

"חוי" שהבאנו שם, נראה שרק באבידה שבה אין חזקה למאבד אנו הולכים אחר הרוב, אך כאן שבעלים מוחזק חזרנו לכלל שאין הולכים אחר הרוב וכדברי הבאר יצחק.

בבאר יצחק שם, מבדיל בין רוב רגיל לרוב גמור (כדין ב"ד היורדים לנסכי מי שנשתטה בשביל תכשיט אשתו): "דכיון דב"ד עושין משום זכותו וטובתו אז אין כאן חשש כלל ואף מיעוטא ליכא כלל... וברוב גמור הולכין גם בממון אחר הרוב כמש"כ התוס' בסנהדרין ג,ב "אבל שלא ע"י ב"ד אפשר דאסור" וצ"ב האם א"א לומר גם במקרים נוספים שלא ע"י ב"ד דהוי כרוב גמור דודאי מסכים.

#### ד. לסיכום

ביחס לשאלה שהצגנו בראש דברינו נראה לענ"ד:

א. בדבר מועט לכו"ע הדבר מותר כעולה מדברי הרשב"א.

ב. בדבר שאינו מועט אם יש לו הערכה מסתברת שאינו מקפיד לש"ך והעונג יו"ט מותר אך יש לחשוש לדעת הראשונים שלא חילקו כמותם, ואסור.

ג. בדבר שהוא מעריך שהבעלים מאד ישמחו על כל היה מקום להתיר מדין זכין אך יש לאסור עפ"י החשש שבבאר יצחק. אמנם בדבר שאין בו כילוי יתכן שגם לבאר יצחק יהיה מותר שאין בכך הוצאת ממון.

ד. כשהאוכל הוא ת"ח או אב אצל בנו יש לצרף את דברי הב"י והקצות שבדבר מצוה הדבר מותר כדעת הרמב"ם.

ה. כאשר הוא בטוח לחלוטין שהבעלים יסכימו היה מקום להתיר עפ"י הריטב"א וכדין זוטו של ים אך הרבה מן הראשונים לא פירשו כריטב"א. ולכן יש להתיר רק כשברור שהבעלים רוצה בכך ונחשב כזכות להם ולא מספיק שרק יסכים לכך.

עכ"פ אם יש לו בכך מנהג קבוע אפילו שאין זה מנהג של כלל העולם הרי זה מותר דהוי כמו בדיעת הבעלים.

וכל זה להעיר ואין כאן פסיקת הלכה למעשה.

לא התייחסנו בהרחבה לשימוש או כילוי לצורך מצוה שהוא נושא בפני עצמו.