

ספק הינוח

<ul style="list-style-type: none"> ♦ ג. שיטת הרמב"ם 1. בירור בדבר שיש בו סימן. 2. בירור בדבר שאין בו סימן. 3. בירור האם יש חילוק בין מקום המשתמר לגמרי לבין מקום המשתמר קצת 4. בירור במקום שאין משתמר כלל. 5. ביאור הגמרא 'גזלות המקושרים'. ♦ פירוש המושג 'אם נטל לא יחזיר' ♦ פסיקת הלכה 	<ul style="list-style-type: none"> ♦ מקור הסוגיא. ♦ באיזה מקרה נוטל ומכריז ובאיזה מקרה לא יגע? ♦ א. שיטת התוספות והרא"ש 1. מקום המשתמר 2. בירור בדין מקום המשתמר 3. מקום שאינו משתמר כלל 4. מקום המשתמר קצת 5. בירור בדין מקום המשתמר קצת 6. טלית וקרדום בצד גדר ♦ ב. שיטת הר"ן
--	---

מקור הסוגיא

המשנה בב"מ כה: אומרת-

"מצא אחר הגפה או אחר הגדר גזלות מקושרים, או בשבילין שבשדות - הרי זה לא יגע בהן. מצא כלי באשפה, אם מכוסה - לא יגע בו, אם מגולה - נוטל ומכריז."

עולה ממשנה זו שישנם שני מצבים א. "לא יגע בו" ב. נוטל ומכריז.

הגמרא בדף כה: אומרת על משנה זו-

"מאי טעמא? דאמרין הני אינש אצנעינהו, ואי שקיל להו - לית להו למרייהו סימנא בגווייהו, הלכך לשבקינהו עד דאתי מרייהו ושקיל להו.

ואמאי ליהוי קשר סימנא! אמר רבי אבא בר זבדא אמר רב: במקושרין בכנפיהן, דכולי עלמא הכי מקטרי להו. ולהוי מקום סימן! אמר רב עוקבא בר חמא: במדדין.

אי במדדין- מעלמא אתו, ומותרין! איכא למימר מעלמא אתו, ואיכא למימר אינש אצנעינהו, והוה ליה ספק הינוח, ואמר רבי אבא בר זבדא אמר רב: כל ספק הינוח - לכתחילה לא יטול, ואם נטל - לא יחזיר."

נמצא שהמשנה שנקטה "לא יגע" עוסקת במקרה של ספק הינוח. כך מסכם רבי אבא בר זבדא את הדין "לכתחילה לא יטול ואם נטל לא יחזיר."

בבירור הסוגיה ישנם שני נושאים:

- א. באיזה מקרה נוטל ומכריז ובאיזה מקרה לא יגע?
- ב. מה פירוש המושג "אם נטל לא יחזיר"?

באיזה מקרה נוטל ומכריז ובאיזה מקרה לא יגע?

א. שיטת התוספות והרא"ש

התוספות בב"מ כה: בד"ה "אחר הגפה" כתב לחלק לג' מצבים¹ וז"ל-
 "אחר הגפה מקום שמשמטמרות קצת אבל מצא במקום שאין משתמר כלל
 ודאי אבידה היא ונתייאשו הבעלים כיון שאין בה סימן.
 ולא מיירי הכא במשתמר לגמרי מדפריך בגמרא ולהוי קשר סימן כלומר ויטול
 ויכריז ובמקום המשתמר אפי' יש בו סימן לא יגע בו דהא תנן מצא כלי טמון
 באשפה לא יגע בו וביש בו סימן מיירי מדקאמר ואם מגולה נוטל ומכריז".
 עולה מדברי התוספות שיש חילוק בין ג' מקומות שבהם אפשר להגדיר
 אבידה-

- א. מקום המשתמר כגון מצא באשפה כלי מכוסה.
 - ב. מקום שאין משתמר כלל.
 - ג. מקום המשתמר קצת שבזה עוסקת הגמרא שלנו.
- ונבארם אחת לאחת.

מקום המשתמר-

התוספות לומדים מסוף המשנה "מצא כלי טמון באשפה לא יגע בו" שבמקום
 המשתמר אין על החפץ שם אבידה כלל, אף אם יש בו סימן. הסברא היא
 שכיון שמדובר במקום המשתמר א"כ אין חשש שאדם שאינו הגון או גוי יקח
 את החפץ ולכן "לא יגע בו".²

1. כ"כ גם הרא"ש בפ"ב סימן ח', וכ"כ הרמב"ן בחידושיו וכ"כ עוד ראשונים.
 2. תוספות מבארים שישנם עוד מקורות שגם הם עוסקים במקום המשתמר, ונבארם
 בהמשך.

בירור במקום המשתמר

הרא"ש (ב"מ פרק ב' אות ח') כתב בענין מקום המשתמר "כללא דמילתא דהינוח במקום המשתמר כגון ודאי הנוח ואפילו יש בו סימן כגון קורדום בצד גדר וטלית בצד גדר לא יטול דאין זה אבידה שכן דרך עובדי אדמה לתת שם כלי מלאכתם ומלבושיהן ואין זו אבידה שחייב בהשבתה."

אולי ניתן לדייק ברא"ש שדוקא בודאי הינוח לא יגע אך במצב של ספק הינוח נוטל ומכריז³.

אך הטור בפסקי הרא"ש כתב "מצא במקום המשתמר דבר שיש לתלות שהנוח שם כגון קורדום וטלית בצד גדר אפילו יש בו סימן לא יטול...".

נראה לדייק מהמילים "שיש לתלות" שמדובר בספק הנוח. וכן כתב בהדיא בטור- "המוצא דבר במקום המשתמר כגון קורדום או טלית בצד גדר בין אם ידוע שבעליו הניחום שם או שהוא ספק אם הניחום שם אם לאו ה"ז לא יגע בו אפילו אם יש בו סימן ואצ"ל אם אין בו סימן שאין זה אבידה שמתחייב בהשבתה כיון שהניחום שם מדעת".

עולה א"כ שאף בספק הנוח אין לו רשות ליטול ולהכריז כיון שאין זו אבידה שמוטל עליו להשיבה.

גם הדרישה (סימן ר"ס ס"ק י') סותר את הבנתנו הראשונה ברא"ש שדוקא בודאי הינוח לא יטול ובספק הינוח יטול ויכריז, וז"ל-

"חדא דאם כן יסתום רבינו לכתוב או שהוא ספק כו' היפך דעת הרא"ש אביו. ועוד דאין מדרך הרא"ש לכתוב נגד התוספות⁴. גם הרמב"ם והרשב"א לא ס"ל הכי אלא במקום שמשתמר קצת אבל משתמר לגמרי לעולם לא יגע כמ"ש המגיד משנה פט"ו דגזילה. גם לישניה דהרא"ש עצמו לא משמע הכי דאם כן

3. אולי ניתן עוד לדייק ברא"ש שבספק הינוח נוטל ומכריז, וז"ל כמתייחס למקום המשתמר קצת "וכיון שאינו במקום המשתמר יפה ניחא לבעלים שהמוצא יטלו ומכריז. ואבידה היא שחייב בהשבתה. כי הבעלים הניחום שם לפי שעה ולשוב לקחתו ובמקרה לא יכלו לקחתו מיד. ואינה אבידה מדעת כיון שהמקום משתמר קצת. וכן נמי ספק הנוח בדבר שיש בו סימן נוטל ומכריז" נראה שודאי במשפט האחרון בענין ספק הינוח חוזר לתחילת דבריו בענין מקום המשתמר כיון שפשיטא שבודאי הינוח נוטל ומכריז כל שכן בספק הינוח שיטול ויכריז ואם כך מדוע כתב "וכן נמי" היה לו לכתוב וכו', מוכח שבמקום המשתמר בספק הינוח נוטל ומכריז.

4. מהתוספות נראה שאין ראיה לשום צד כיון שהרי התוספות עוסקים במקום המשתמר לגמרי בודאי הינוח, שהרי הדוגמאות שמביאים התוספות מהגמרא הם בודאי הינוח כגון 'מצא כלי טמון באשפה'. אולי אף ניתן לדייק בתוספות הפוך מדברי הדרישה כיון שהתוספות מביאים רק דוגמאות של ודאי הינוח משמע שבספק הנוח נוטל ומכריז.

הל"ל בקיצור ודאי הינוח במקום המשתמר. גם לשון רבינו ירוחם תלמידו מוכח כן מב"ש בנתיב עשרים ח"ב ז"ל במקום המשתמר ודאי הינוח כלומר ודאי הינוח שם עכ"ל הרי שכתב שכל הנמצא במקום המשתמר בודאי הניחו שם הוא."

לכן מבאר הדרישה "ונלע"ד פשוט דמ"ש דהינוח כו' כגון ודאי הינוח הכי פירושו דכל דבר הנמצא במקום המשתמר כגון ודאי הינוח דמי ודיינינן ליה כאילו היינו יודעים בודאי שהונח שם מדעת ואפילו יש בו סימן."

נראה מדברי הדרישה שאין אפשרות של ספק הינוח במקום המשתמר אלא כל ספק הינוח מוגדר כודאי הינוח כיון שכאן מדובר במקום המשתמר.

לכן צריך להסביר את דברי הרא"ש "דהנוח במקום המשתמר כגון ודאי הנוח" שכוונתו לומר שהינוח במקום המשתמר הוה כמו ודאי הינוח, והמילה 'כגון' פירושה "כמו". כל הנחה במקום המשתמר פירושה ודאי הנוח.

ע"פ הסבר זה צריך לבאר את לשונו של הטור שכתב "בין אם ידוע שבעליו הניחום שם או שהוא ספק אם הניחום שם אם לאו" פירוש גם אם ידוע בודאות שהניחו שם או שיש ספק אם הניחו שם נחשב הדבר שהניחו שם מדעת וכמו שסיים בסוף "כיון שהניחום שם מדעת" אנו מפרשים שהניח שם מדעת.

אולי ניתן לדייק שכך הבין גם הש"ך (סימן ר"ס ס"ק ל) שכתב על דברי הרמ"א וז"ל- "הלשון מגומגם דהא כיון דיש בו סימן טעמא דלא יגע בהן הוא משום שלדעת הונח במקום המשתמר וא"כ הוי ודאי הינוח וכן הוא לשון הרא"ש. כללא דמילתא דהניח במקום המשתמר כגון ודאי הניח אפילו יש בו סימן כגון טלית וקורדם בצד גדר כו' וגם לשון הטור משמע כן ע"ש"

משמע מדבריו שהטעם ש'לא יגע בהם' הוא מכיון שהונח שם לדעת ולכן זה נחשב כודאי הנוח.⁵

5. אולי ניתן לדייק הפוך מהש"ך כיון שכתב "טעמא דלא יגע בהן הוא משום שלדעת הונח במקום המשתמר וא"כ הוי ודאי הינוח" משמע דוקא בודאי הינוח לא יגע אך אם ספק נוטל ומכריז. אך לענ"ד קשה לומר כן, כיון שהש"ך כתב בסוף דבריו "וגם לשון הטור משמע כן" ובודאי שלשון הטור לא משמע כן.

מקום שאין משתמר כלל-

התוספות (כה. בד"ה 'אחר הגפה') מגדירים את החפץ כאבידה והרי אלו שלו. התוספות דנים בדבר שאין בו סימן, ניתן לדייק מכך שבדבר שיש בו סימן נוטל ומכריז.

ניתן עוד להוכיח ששיטת התוספות שבמקום שאינו משתמר אפי' בודאי הינוח הרי אלו שלו.

שהרי בסוגית כריכות ברשות הרבים (דף כא, ד"ה "אלו מציאות שלר") הקשה התוספות מדוע הגמרא נקטה בכריכות דרך נפילה הרי יותר מצוי בהם דרך הנוח? ומתרץ התוספות "וי"ל דכריכות אידי דיקרי אינון לא הוה שיפלו שלא מדעת אלא כשעומד לפוש מניח לארץ ושכחם שם" פירוש כיון שכריכות הם דבר כבד אין סיכוי שיפלו אלא מסתמא אדם הניח ושכח, ובכל אופן המשנה פוסקת שהרי אלו שלו⁶. עולה מדבריו שאף שהאבידה היא בדרך הנחה מ"מ אם אין בו סימן הרי אלו שלו.

כ"כ גם הרא"ש (ב"מ פרק ב' אות ח') בהדיא וז"ל-

"ובמקום שאין משתמרת כלל ואין בו סימן ואפילו ודאי הנוח נוטל והוא שלו. כגון כריכות ברה"ר דאין בהן סימן מקום דמנשתפי ומעיקרא הניחום שם להקל ממשאן ושכחן שמה ונתייאש כיון דאין סימן לא בגוף ולא במקום."

מקום המשתמר קצת

תוספות (ד"ה 'אחר הגפה') מעמיד את המשנה בדף כה: גבי 'גוזלות' במקום המשתמר קצת.

מפשט הגמרא שם נראה שבודאי הנוח וכ"ש בספק הינוח, אם אין בו סימן לא יגע ואם יש בו סימן נוטל ומכריז.

וכן כתב הנימוק"י (דף יד' מדפי הר"ף) להוכיח שהגמרא בשלב הראשוני עוסקת בודאי הינוח וז"ל "על כרחך צ"ל דהשתא קס"ד דודאי הינוח הוה דאי ספק הינוח דאיכא למיחש לנפילה אי אפשר דאם כן היכי מקשי וניהוי מקום סימן אי חיישי לנפילה⁷, ועוד מדאמר בתירוצא במדדין ואיכא למימר וכו' הוי

6. כריכות אלו כיון 'דמנישתפי' (כמו שכתב התוספות לעיל) לכן גם מקומם הוא לא סימן.
7. לענ"ד אין מכאן ראיה שיתכן שהמקום יכול להחשב כסימן במידה והיתה הנחה. עיין בפסקי ריא"ז (ב"מ פ"ב הל' דב) וז"ל "ואם נטל לא יחזיר על סימן המקום" עולה מדבריו שבספק אבידה אין נחשב הסימן למקום. מ"מ אין ראיה לומר שמדובר בודאי הינוח כיון שהחולקים יכולים לטעון שאף ספק הינוח המקום הוי סימן.

ספק הינוח וכו' משמע דהשתא ס"ד דהוי ודאי הינוח. עולה מזה שבמקום המשתמר קצת בין ודאי הינוח ובין ספק אם יש סימן נוטל ומכריז. וכן כתב הרא"ש (ב"מ פ"ב אות ח) -

"וכיון שאינו במקום המשתמר יפה ניחא לבעלים שהמוצא יטלו ומכריז. ואבידה היא שחייב בהשבתה. כי הבעלים הניחום שם לפי שעה ולשוב לקחתו ובמקרה לא יכלו לקחתו מיד. ואינה אבידה מדעת כיון שהמקום משתמר קצת. וכן נמי ספק הנוח בדבר שיש בו סימן נוטל ומכריז. אבל בדבר שאין בו סימן לא בגוף החפץ ולא במקום כגון גוזלות המדדין לא יטול. שמא הניחום ויבואו הבעלים ויטלו ואם יטלו אין בהן סימן ואם נטל לא יחזירו למקומו דאבידה היא שחייב בהשבתה וצריך לעשות השבה מעלייתא."

עולה מדברי הרא"ש שמבאר שהגמרא סברה ברישא שמדובר בודאי הנוח ורק בסיפא תירצה שמדובר ב'ספק הנוח'. מוכח לפי זה ששאלות הגמרא "ולהוי קשר סימן" וכן "ולהוי מקום סימן" הן אף על מקרה של ודאי הנוח שאם יש סימן נוטל ומכריז.

בירור במקום המשתמר קצת

יש לעיין לדעה זו מדוע צריך ליטול ולהכריז כאשר הבעלים ודאי הניחו חפץ מדעתם במקום המשתמר קצת, הרי לבעלים נוח במקום זה?

נראה לומר שכיון שיתכן שהבעלים שכחו את החפץ או שהניחו לזמן מסוים ולא חזרו לקחתו כיון שנאנסו, ועוד שהרי המקום אינו שמור כל כך ויכול להיות שאדם שאינו הגון או גוי יקחו את החפץ - לכן רצונו של הבעלים שיטול המוצא את החפץ ויכריז.

מדברי הרא"ש מוכח שבמקרה של ספק הינוח, אפילו כאשר אין סימן בגוף החפץ אלא רק במקום צריך המוצא להכריז מקום.

דין זה צריך בירור. האם דברי הרא"ש (שכאשר יש סימן בספק הינוח נוטל ומכריז) שייכים בכל סוגי החפצים. היה מקום לחלק ולומר שדוקא בחפצים כאלה שאין הבעלים מבחינים מיידית שנפל מהם וממילא לא מתיאשים (שהרי קי"ל שיאשל"מ לא הוי יאוש) רק אז צריך להכריז. זאת משום שבחפצים שכאלה הוי ס"ס שחייב להכריז: ספק הנוח שם ומקום הוי סימן, ואפילו את"ל שנפל ואין מקום סימן וממילא אין שום סימן בחפץ זה הרי ספק שמא הבעלים לא הבחינו שנפל מהם והמוצא מצא לפני יאוש וצריך להכריז.

אבל בחפצים שהבעלים מבחינים מיד בנפילתם, כגון מטבעות, יסבור הרא"ש שאין צריך להכריז לפי שבכה"ג הספק שקול האם נפל ואין סימן בחפץ והבעלים מתיאשים או שהונח שם והמקום הוא סימן.

ניתן להוכיח מהרא"ש שאף במקרה של ספק שקול חייב להכריז. הגמרא בדף כה. מביאה בשם ר' ירמיה כשיר כשורה מהו, ולא איפשטא, והרי המדובר שם במטבעות שהמאבד מתיאש מיד. וכתב הרא"ש (פרק ב' אות ח', סוף הגמרא הראשונה) "אבל כשיר וכשורא כחצובא בעיא היא ולא אפשטיא ואזלינן לחומרא דאיסורא הוא ומכריז". מוכח מדברי הרא"ש שאף בדברים שיש יאוש בעלים מיד חייב להכריז שמא הבעלים הניחו את המטבעות ולא התייאשו, הרא"ש כאן מגדיר את המקרים כאיסורא ולכן אזלינן לחומרא וחייב להכריז. הרא"ש אזיל לשיטתו (פרק ב' סוף אות א') שכתב כן בענין קב דבי מכנשתא "בעי רבי ירמיה חצי קב בשתי אמות על שתי אמות דזוטר בממון וזוטר בטורח. קביים בח' אמות על ח' אמות דנפיש בממון ונפיש בטורח. קב שומשמין בד"א דחשיבי ונפיש טירחייהו. קב תמרי וקב רמונים בד"א דלא חשיבי וזוטר טירחייהו מהו תיקו. וכיון דלא איפשטיא ספיקא דאורייתא לחומרא וחייב להכריז". שוב רואים שהרא"ש מתיחס לבעיות אלו כספק איסורא ואזלינן לחומרא שצריך להכריז כמו כל איסור.

אולם האור זרוע רוח אחרת עימו, וצריך לברר מה נקודת המחלוקת.

על הדין של ר' ירמיה במכנשתא דבי דרי הוסיף ההגהות אשרי (על סימן א' שברא"ש) "ובאור זרוע כתב דלא יטול ואם נטל לא יחזיר ויהא מונח עד שיבא אליהו".

ובלשון הזהב של האור זרוע (פרק ב' בב"מ אות נג') בענין מכנשתא דבי דרי כתב- "ונראה בעיני שיהא מונח עד שיבא אליהו דכיון דאיכא לאסתפוקי דילמא לא מפקר להו ובאיסורא אתא לידיה יהא מונח עד שיבא אליהו דדמי לספק הינוח".

והניף ידו שנית (אות נו') בענין ג' מטבעות וכתב-

"והא דבי ר' ירמיה היכא שהם כשיר דהיינו מוטלים בעיגול כאצעדה אי נמי כשורה זו אצל זו אי נמי כחציבא דהיינו כשלשת רגלי הקנקן כל אחד ואחד כנגד אויר של שניהם הנהו כולהו לא איפשטו הילכך לא יגע בהם ואם נטל יהא מונח עד שיבא אליהו".

הנה יש לתמוה בדעת האור זרוע מדוע יהא מונח עד שיבא אליהו, הרי במחלוקתו עם הרא"ש מוכח שעל הצד הזה הנחה מדובר בדברים שיש בהם סימן ואם כן מדוע לא יחזיר?

וראיתי בפסקי ריא"ז (פרק ב' הלכה ד' ב') שכתב "וכן כל ספק הינוח שיש לספק שמא מדעת הונחו שם ודעת הבעלים לבא וליטלם או שמא דרך נפילה באו שם הואיל ואין בהן סימן לא יטול ואם נטל לא יחזיר על סימן המקום אלא יהיו מונחין בידו עד שיביא הבעל עדים שהוא הניחם שם"¹.

עולה מדבריו שלכתחילה לא יטול אך מ"מ אם נטל לא יחזיר על סמך ספק סימן מקום כיון שהמקום הוא לא סימן מובהק שאפשר לסמוך עליו.

אם נכונים דברינו בהסבר הריא"ז בדעת הא"ז מוכח שאף הא"ז מחד אזיל בשיטת הרא"ש שאם יש סימן לכתחילה נוטל ומכריז אך בדבר שאין סימן לכתחילה לא יגע ואם נטל שאין לו את האפשרות להשיב יהיה מונח עד שיבוא אליהו. ומאידך פליג על הרא"ש האם ספק מקום הוי סימן שלדידו אין זה מוגדר כסימן ולכן יהיה מונח עד שיבוא אליהו.

אך אחר עיון נראה שא"א לומר כן, כיון שתירוצו של הריא"ז מועיל לענין ג' מטבעות ששם אפשר לדון אם המקום סימן או לא, אולם לענין מכנשתא דבי דרי ששם ודאי שיש סימן בגוף האבידה ולא במקום, כיון שודאי שהבעלים הניחום שם אלא יש ספק אם הוא הפקיר או לא, לכן א"א לומר שאזיל בשיטתו של הרא"ש שבכל ספק ממון וספק איסורא אזלינן לחומרא, ולדידהו בהכרח שבכל ספק אזלינן לקולא.

הסבר דברי הגמרא לענין טלית וקרדום בצד גדר.

הגמרא בדף לא. אומרת "טלית בצד גדר, קרדום בצד גדר, ופרה רועה בין הכרמים - אין זו אבידה."

הנימוק"י (דף יד' מדפי הרי"ף) כתב "ולקמן בברייתא מיירי בחדא מתרתי או דהוי משתמר לגמרי או שהניחו לדעת וליכא למיחש לשכחה לפי שכן דרכן של פועלים שמניחים טלית או קרדום בצד גדר של אותו שדה, וכן פירשו תוספות"⁸.

נראה שהנימוק"י מעמיד את הגמרא במקום המשתמר או אף במקום שאין משתמר כיון שהניחו לדעת ואין חשש של שכחה, אין רשאי ליטול.

8. ואולי בתוספות בדף כה: בד"ה 'ואם נטל לא יחזיר' כיון שכתב "אי נמי" יהיה אפשר להסביר שני תירוצים א. מקום המשתמר ואז במקום המשתמר קצת אף שהניחו לדעת ואין סברא של שכחה נוטל ומכריז ב. ודאי הינוח ואין חשש של שכחה לכן לא יגע. אך אין נראה כן כיון שכתב הנימוק"י בהדיה שזה לשונו של התוספות. עיין שם.

הרא"ש (אות ח') מבאר שהגמרא עוסקת במקום המשתמר ולכן לא יגע. וצריך לומר שאף בספק הינוח נחשב הדבר כודאי הינוח כיון שהמקום משתמר, כפי שהסביר הדרישה בשיטת הרא"ש והבאנו דבריו לעיל.

ב. שיטת הר"ן

הר"ן (בחידושים כה: בד"ה 'ולהוי קשר') מודה לתוספות ולרא"ש בחלוקה לג' מקומות אך חולק עליהם בהבדלים ההלכתיים בין המקומות האלו.⁹

לענין ודאי הינוח במקום המשתמר קצת כתב-

"אבל בודאי הנוח כיון שאין זו אבידה שמוזהר עליה כלל אעפ"י שהניחוהו במקום משתמר ואינו משתמר לא יטלנו אעפ"י שיש בו סימן שאם יטלנו יהיה ברשותו כמו כן משתמר ואינו משתמר, משום שכיון דודאי הנוח הוא ואין זו אבידה שמוזהר עליה אינו רשאי ליטלה ממקום שמשתמר ואינו משתמר

9. להצגת היריעה בשלמותה נביא פה את כל דברי הר"ן-

לענין ספק הינוח במקום המשתמר קצת כתב-

"נ"ל דהכי פירושו כיון דהאי ספק הנוח הוא ולא ודאי דאיכא למימר דרך נפילה הוא יטול ויכריז, דאי דרך נפילה היא זו היא אבידה שמוזהר עליה ליטול ולהכריז ואי דרך הנחה הוא אכתי לא מפסיד ולא מידי שהרי הם במקום משתמר ואינו משתמר הניחם ואף כשיטלם זה ג"כ רשותו של זה לבעלים משתמר ואינו משתמר הוי דכיון דאית ביה סימן קרוב הדבר שכשיכריז מוצא זה יבוא הבעלים ויתנו סימן ויטלו ומ"ה אקשינן ונהוי קשר סימן כלומר ויטול ויכריז".

בתחילה מבאר הר"ן שמוכרחים להעמיד את הגמרא שעוסקת דוקא בספק הנוח (בהמשך נבאר איך הבין זאת). לכן במקום המשתמר קצת והאבידה מוגדרת כספק הינוח, אם אין סימן עדיף לבעלים שהמוצא לא יגע כיון שיש סיכוי שיחזור לשם וימצאנה ולכן לא יגע. אך אם יש סימן, על הצד שזה נפל הרי זו אבידה שחייב ליטול ולהכריז ועל הצד שהניח אין הוא מזיק את הבעלים כיון שהאבידה היא במקום משתמר קצת ואף כשנוטל נחשב כמשתמר קצת כיון שאין ודאות שהבעלים יבואו ויתנו סימן לכן נוטל ומכריז. ונמצא שלצד שנפל חייב ליטול ולצד שהניח הרי שלא הזיק כלום אם יטול ולכן פוסק הר"ן שחייב ליטול ולהכריז.

לענין מקום המשתמר כתב-

"ומיהו ה"מ היכא שמקום מציאתם הוא משתמר ואינו משתמר אבל אם הוא משתמר גמור אפי' בספק הנוח לא יטול שאעפ"י שאם דרך נפילה הוא יש תועלת לבעלים בנטילתו אפילו הכי איכא למיחש דדילמא דרך הנחה הוא ונמצא מפסידם שהוא נוטל ממקום משתמר לגמרי ומניח במקום משתמר ואינו משתמר דהיינו רשותו של מוצא שאע"פ שיכריז אפשר שלא ישמעו הבעלים ואפילו אם ישמעו שמא לא יהיו בקיאים ליתן סימן וכיון שהדבר שקול אם יש תועלת לבעלים בנטילתו או הפסד לא יטול". דהיינו שבכל מצב במקום המשתמר לא יגע כיון שהדבר שקול אם יש תועלת לבעלים ולכן אין לו רשות להעביר זאת ממקום המשתמר למקום שאין משתמר.

שהניחוה הבעלים לדעתם ולהניחם במקום אחר משתמר ואינו משתמר דהיינו רשותו של מוצא.⁹

דהיינו שבמקום המשתמר קצת והבעלים הניחו שם אין זו אבידה שמוזהר עליה כיון שבאופן סובייקטיבי לבעלים נחשב המקום למשתמר לכן אין לו אפשרות להעביר את החפץ לרשותו שנחשב כמקום המשתמר קצת.

אך קשה איך יסביר הר"ן את הגמרא בדף כה:-

"ולהוי מקום סימן! אמר רב עוקבא בר חמא: במדדין. אי במדדין - מעלמא אתו, ומותרין! איכא למימר מעלמא אתו, ואיכא למימר אינש אצנעיהו, והוה ליה ספק הינוח."

פשט הגמרא הוא שרק בסוף היא מעמידה בספק הינוח ובתחילה סברה הגמרא שמדובר בודאי הינוח. לפי זה יוצא שכאשר הגמרא שאלה "ולהוי מקום סימן" והיינו שיטול ויכריז, היא שאלה זאת אף במקרה של ודאי הינוח (כמו שביאר הנימוק"י המובא לעיל).

הרשב"א (בחיידושי בדף כה:) גם הבין כדברי הר"ן וז"ל-

"ונ"ל דמשום דמדדין הוא דאוקימנא בקשורין בכנפיהם דכולי עלמא הכי קטרי ולא הוה קשר סימן, שאלו היו קשורין בקשר אחר היה נוטל ומכריז אבל כשאין מדדין בין קשורים בכנפיהם בין קשורין בקשר אחר שיש בו סימן ואע"פ שהמקום נמי הוי סימן הר"ז לא יגע בהן כלל דכודאי הנוח חשבינן ליה."

הרשב"א מבאר שהגמרא העמידה שמדובר כשאין סימן אך אם יש סימן נוטל ומכריז דוקא במדדים שהוה ספק הינוח אך אם היו עומדים במקום אף אם היה בקשר מיוחד לא היה נוטל ומכריז היות שעומדים במקומם נחשבים כודאי הינוח¹⁰.

המקשן שהקשה "ולהוי מקום סימן" טעה וחשב שאפילו כאשר הגוזלות לא מדדים נחשב הדבר כספק הינוח שאז אם יש סימן נוטל ומכריז ולכן הקשה ולהוי מקום סימן. והתרצן שתירץ במדדין יכול היה לענות לו שאם הם לא מדדים נחשב הדבר כודאי הינוח ולכן אפילו יש סימן לא יגע בו, אך רצה

10. הרשב"א מדמה בהמשך את ודאי הינוח למניח את טליתו וקרדומו ליד הגדר כיון שהם בצד הגדר הוי כודאי הינוח ולכן לא יגע.

לחדש שבספק הינוח אם אין סימן לא יגע, ולכן תרץ שמדובר במדדים שאז זה ספק הינוח ללא סימן.

ג. שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (הלכות גזלה ואבידה פרק טו הלכה א) כתב-

"כל המוצא אבידה בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה שמא בעליה הניחיה שם עד שיחזרו לה ואם יבא ליטול אותה והיה דבר שאין בו סימן הרי אבד ממון חבירו בידו שהרי אין לו בה סימן להחזירה בו, ואם היה דבר שיש בו סימן הרי זה הטריחן לרדוף אחריה וליתן סימניה ולפיכך אסור לו שיגע בה עד שימצא אותה דרך נפילה.

אפילו נסתפק לו הדבר ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונח הרי זה לא יגע בו, ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם, ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו."

מפשט דברי הרמב"ם כאן נראה שאיננו מחלק בין מקום המשתמר לאין משתמר ובכל מצב לא יגע, בין ודאי הינוח ובין ספק הינוח. (כך מובן מפשט דברי המ"מ¹¹). אך אם נטל ואין בו סימן הרי אלו שלו, ואם יש בו סימן כתב בסעיף ב' "וכל דבר שיש בו סימן בין דרך הנחה בין דרך נפילה בין ברשות היחיד בין ברשות הרבים חייב להכריז".

בירור בדבר שיש בו סימן.

עולה מהסעיף הנ"ל שבחפץ שיש בו סימן אם הוא כבר הגביה נוטל ומכריז.

אך קשה¹² כיון שהרמב"ם (פרק טו', יב') כתב-

"היו כמו חצי קב בשתי אמות, או קבים בשמונה אמות, או שהיה הקב משנים ושלשה מינין כגון שומשמן תמרים ורמונים, כל אלו ספק, לפיכך לא יטול ואם נטל אינו חייב להכריז."

11. ועיין בהמשך בשאלה האם לרמב"ם יש חילוק בין מקום המשתמר לבין מקום המשתמר קצת.

12. במקום אחר (פרק טז ב) כתב הרמב"ם-
"וכן המוצא מעות מפוזרים הרי אלו שלו... היו עשויין כשיר או כשורה או כחצובה או כסולם הרי זה ספק ולא יטול."
עולה מדברי הרמב"ם שלא יטול אך אם נטל לא כתב מה דינו.

עולה מדבריו שאף שיש בו סימן הרי אלו שלו. ואע"פ שמשתמש בלשון מגומגם 'אינו חייב להכריז' מ"מ כוונתו 'שהרי אלו שלו' כך כתב האור זרוע והריא"ז¹³ וכ"כ הגר"א על המקום.

נראה שאפשר לישב קושי זה בשני אופנים:

א. ניתן היה לתרץ את הרמב"ם בכך שיש חילוק בין ספק הינוח לבין ודאי הינוח וזאת ע"פ הריא"ז (הובא לעיל) שכל ספק מקום אינו נחשב כסימן¹⁴. ולכן בספק הינוח המקום אינו נחשב סימן וממילא הרי אלו שלו אך בודאי הינוח המקום נחשב סימן ואז נוטל ומכריז. לפי דברים אלו אפשר לבאר שמה שכתב הרמב"ם בפרק טו' הלכה א' הרי אלו שלו היינו בספק הינוח. ובהלכה ב' שכתב שצריך להכריז זה כשהמקום הוי סימן והיינו בודאי הינוח. ואילו בהלכה יב' ופרק טז' הלכה ב' מדובר על ספק הינוח כשהמקום הוא הסימן היחיד והרי אין המקום סימן, ולכן הרי אלו שלו.

אך תימה שבפרק טו' הלכה י' כתב-

"מצא כריכות ברשות היחיד, אם דרך נפילה הרי אלו שלו, ואם דרך הנחה חייב להכריז שאף על פי שאין להם סימן המקום סימן אע"פ שאינו סימן מובהק"

ובהכרח צריך להעמיד שמדובר בספק הינוח וכמו שכתב הכס"מ שמדובר בספק הינוח שמא התגלגל ברגלי האנשים, ואעפ"כ מבואר שצריך להכריז מקום¹⁵ ?

13. האור זרוע כתב את דעתו של הרמב"ם והוסיף "ונראה בעיני שיהא מונח עד שיבא אליהו" משמע שהבין ברמב"ם שיטול לעצמו וכן הריא"ז בקונטרס הראיות ה' הביא שיטת הרמב"ם בספק הינוח שהרי אלו שלו ובהמשך הדברים כתב "והאי דקאמר ר' אבא בר זבדא אמר רב כל ספק הנוח לכתחילה לא יטול ואם נטל לא יחזיר כה"ג אלה פ' כגון הא דבעי ר' ירמיה לעיל עשויי דשיר ודשרה דספק אם מדעת הונחה שם או דרך נפילה נינהו וכן בכל מקום שהוא מסתפק המוצא אם הוא דרך נפילה או דרך הנוח אין רשאי ליטול דא"ל מדעת הונחו ואתי הבעל ליטול ואם נטל לא יחזיר מספק המוציאם דאיכא למימר דרך נפילה נינהו ונתיאשו הבעלים דמסתמא דמילתא לא הוי מנח להו במקום שאפשר שיאבדו" ואחר דברים אלו חולק עליו בדין הרי אלו שלו. ועוד עיין בהמשך הדברים בביאור הרמב"ם.

14. זה מתיישב היטב עם דברי הרמב"ם בפרק יג' ה' "והמדה או המשקל או המנין או מקום האבדה סימנים מובהקין הן" וצריך להעמיד בודאי הינוח שאז זה סימן מובהק.

15. ומ"מ עוד קשיא לי מסברא, כיון שבודאי הינוח המקום נחשב כסימן אם כן מדוע בספק הינוח אין המקום מוגדר כסימן הרי על הצד שזה הינוח אין כאן ספק מקום אלא המקום הוא ודאי סימן אך יש ספק חיצוני ששמא נפל, לכן אין מובן מדוע מקרה זה פחות טוב מאשר ודאי הינוח שהמקום הוא סימן? וצ"ע בהסבר הריא"ז.

ב. להבנת האופן השני לתירוץ אקדים הקדמה.
הגר"א (על השו"ע בסימן רסב' יב' ס"ק כב') כתב-
"והרא"ש כתב וחייב להכריז דספק איסורא לחומרא אבל להרמב"ם א"צ דאין מוציאין ממון מספק וכמו בספק בכורות וכיוצא".
וכן כתב בסימן רס' כד'-

"כן דעתו בכל ספק וער"נ בנדריים ז' א ד"ה ולענין הלכה כו' וע"ל ס"י ואם נטלם כו' ובהג"ה שם וערא"ש רפ"ב סוף ס"א וכיון דלא איפשיטא כו' ושם ס"ח אבל כשיר כו' בעיא כו' וש"מ."

הגר"א מבאר את המחלוקת בין הרא"ש לבין הרמב"ם כחלק ממחלוקת גדולה בכל דין שמעורב בו ספק ממון וספק איסור האם מגדירים את הספק כספק ממון או שמא כספק איסור. הרא"ש סובר שמגדירים כספק איסור ולכן ספק דאורייתא לחומרא אך הרמב"ם מגדיר כספק ממון ולכן ספק ממון לקולא.

עפ"י דברים אלו נראה לישיב את קושית הרמב"ם שאין הוא מסכים לרא"ש שנוטל ומכריז כיון שכאן מדובר על ספק ממון וספק ממון לקולא.

אולם מ"מ תיקשי לדבריו כיון שהרמב"ם מלבד ההתייחסות שמדובר בספק ממון מוסיף שהרי אלו שלו ומדוע שלא יכריז?

ע"כ נראה להוסיף שדעת הרמב"ם היא שבכל מקרה שאדם מחזיק בחפץ שבעלותו מסופקת הרי הוא נחשב כמוחזק. הגר"א מוכיח זאת מסוגיא בבכורות ששם מובא בכור שמוטל בספק ובא כהן ותקפו אין מוצאין מידו וז"ל הרמב"ם (בכורות פרק ה', ג')-

"כל בכור שהוא ספק דינו שירעה עד שיפול בו מום ויאכל לבעליו, ואם תפשו הכהן אין מוציאין אותו מידו ואוכל אותו במומו, אבל אינו מקריבו שאין מקריב לעולם אלא בכור ודאי שמא ישחוט חולין בעזרה."

עולה מדבריו שתפיסה בממון המוטל בספק מועילה להחשב מוחזק, ואף אצלנו בהשבת אבידה אזיל לשיטתו וסובר שהרי אלו שלו.

הרא"ש חולק גם על הנחה זו וסובר שכל דבר שמוטל בספק אף אם החזיק אין הממון שלו כיון שהחזיק דבר שבספק.

מ"מ עדיין אין דברינו מיושבים דים, כיון שכאשר נדקדק בדברי הרמב"ם (פרק טו', א') נראה שהרמב"ם כתב שאם נטל חייב להכריז אף במקרה של ספק הינוח שזה בעצם ספק ממון?

בעקבות קושייה זו נראה לתרץ שבהלכה ב' מדובר במעוות, לכן על הצד שזה נפילה ברור שהוא התייאש אך יש ספק אולי הניח ולא יתייאש לכן זהו ספק ממון ואזלינן לקולא, אך בהלכה א' שם מדובר בחפץ שאין בעליו מתייאש מיד בנפילתו¹⁶ ואף אם אזלינן לקולא מ"מ הבעלים עוד לא התייאש.

על סמך חידושו של הגר"א ניתן לבאר אחרת את דברי האו"ז. הקשנו לעיל על האו"ז מדוע לדעתו יהיה מונח עד שיבוא אליהו?

נראה לתרץ שהאו"ז מבין שכאשר יש דין של ספק ממון וספק איסור הספק מוגדר כספק ממון, אך חולק על הרמב"ם בדין 'תקפו כהן' וסובר שתקפו כהן מוציאים מידו והיינו שאין הוא נחשב כמוחזק בחפץ. ולכן מחד גיסא סובר האו"ז שלא חייב להכריז כיון שאין זה ספק איסור. ומאידך גיסא סובר האו"ז שאין אומרים 'הרי אלו שלו' כיון שאין לו חזקה. ולכן הדין הוא שיהיה מונח עד שיבוא אליהו. ניתן לדייק כדברינו מכך שהאו"ז הביא את דברי הרמב"ם, וחלק עליו אך ורק בדין שהרי אלו שלו¹⁷. שוב עיינתי בדברי האו"ז (אות סו) ושמח ליבי כיון שאחר שכתב דברי הרמב"ם חלק עליו בדין תוקף חזקתו של המוחזק.

לאור פירושו של הגר"א הנפק"מ בין הרמב"ם להאור זרוע תהיה כשבא בעל המעוות אחר כך ונתן סימן שהיו מונחות כשיר. דעת הרמב"ם היא שצריך להחזיר כיון שכל תוקף החזקת המוצא היא מצד ממון המוטל בספק, רק מטעם זה אין הוא צריך ללכת ולהכריז וכיון שהוא מוחזק 'הרי אלו שלו'. אך כאשר הגיע בעל האבידה ופשט את הספק שהוא לא התייאש, וכיון שבא ונתן סימן במקום מסתמא זה דרך הנחה ואין יאוש לכן חייב להחזיר¹⁸. ואילו לדעת האו"ז אם נבאר כדעת הרי"א אז אין צריך להחזיר כיון שאין המקום מוגדר כסימן ולכן יהיה מונח עד שיבא אליהו¹⁹, אך אם נבאר כהגר"א שמה שפסק

16. וניתן להוכיח כן מדעת הכס"מ שהשוה פסק זה למחלוקת אב"י ור"ב שנחלקו בענין יאוש שלא מדעת.

17. על סמך דברים אלו נראה שיש כאן שני הבנות באו"ז
א. כדברי הרי"א- שהרא"ש והאו"ז חולקים אם מוגדרת האבידה בספק הינוח כמקום סימן לדעת הרא"ש הוי סימן ולדעת האו"ז לא לכן לדעתו לא יגע.

ב. לדעת הגר"א- הרא"ש ודעימה סוברים שזה ספק איסורא ובכל אופן לית מאן דפליג שנוטל ומכריז אף בספק מקום, אך האו"ז והרמב"ם מסכימים שזהו ספק ממון ולכן לא יגע רק שחולקים אם הגביה יש לזה תוקף כדי לזכות בחפץ מצד סוגית 'תקפו כהן'.

18. ואין זה דומה לש"ך ברנט' שכתב שאם בא אדם ונתן סימן צריך להחזיר כיון ששם מובן מהש"ך שסובר שמותר להשתמש אע"פ שלא זכה בחפץ.

19. וצ"ע בביאור דבריו כיון שכאשר אדם נותן סימן שהמטבעות היו כשיר הרי זה מוכיח שלא נפלו אלא הונחו שם שאל"כ לא היה יודע שהיו כשיר, ואם כן הוברר שהוא הניחם שם ומה זה שונה מודאי הניח.

האו"ז שיהיה מונח הוא מטעם שאין המוצא מוחזק אזי כאשר בא אדם ונתן סימן צריך להחזיר לו כיון שהתברר למפרע שלא היה ספק.

על סמך דברים אלו מובנים דברי הגר"א (סימן רס', לג') שהביא בהסבר דברי הרמב"ם בהלכה א' (שהביאם השו"ע) את דברי הדרישה (ס"ק יא').

הדרישה כתב שהרמב"ם סובר שבספק הינוח אם נטל הרי אלו שלו משום שהמוצא נטל ע"מ להחזיר ואין עליו חובת השב תשיבם כיון שאין הוא יודע למי להחזיר. ויש להקשות מדוע לא כתב הגר"א שטעמו של הרמב"ם הוא משום שזה ספק ממון?

נראה שבספק הינוח יש ספק ספיקא, ספק אם נפל והתיימש או שמא הניח ולא התיימש וגם על הצד שנפל יש ספק אם התיימש או לא ולכן אין אומרים הרי אלו שלו. לכן אנו זקוקים להסבר הדרישה שאין הוא שומר לאחר יאוש וממילא יכול להשתמש כיון שבהיתרא אתא לידיה.

בירור בדבר שאין בו סימן.

הרמב"ם כתב שבין במקום המשתמר ובין במקום שמשתמר קצת "ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו".

על דברים אלו השיגו הראב"ד בהשגותיו-

"א"א דבר זה אינו מחזור אצלי שיזכה בו לעצמו לעולם אלא יעמוד בידו עד שיבא אליהו".

והמ"מ כתב להקשות וז"ל-

"זו באמת קשה בודאי והיאך יזכה בו יהיה שלו והלא קודם יאוש בא לידו ואין צ"ל בודאי הניח דלאו כל כמיניה לנוטלו ויזכה בו אלא אפילו ספק הינוח ודאי לא זכה בו דהא ספקא הוא אם הוא דרך נפילה וזכה בו כדין המוצא דבר שאין בו סימן או שהוא דרך הנחה והרי בא לידו קודם יאוש וספיקא בכה"ג לחומרא וכמו שכתבתי פ"ד ה"ה ביאוש שלא מדעת וכבר השיגו הר"א ז"ל וכתב יעמוד עד זמן אשר יבוא אליהו והאמת כדבריו וכ"כ הרמב"ם ז"ל ואיהו לא קני בהאי יאוש דבאיסורא אתא לידיה וכן דעת הרשב"א ז"ל וכן דעת רבינו יונתן ז"ל".

המ"מ משווה סוגיה זו לסוגיה של יאוש שלא מדעת ומקשה על הרמב"ם כיון שיש כאן ספק הינוח הוי אומר שגם יש כאן ספק יאוש שעל הצד שהניח הרי לא התיימש ואם כן מדוע לדעת הרמב"ם בספק הינוח זכה בו?

על שאלה זו תירצו ג' תירוצים שמבארים את ההבדל (אם יש) בין ספק יאוש לבין ספק הנחה:

א. כס"מ (פרק טו', א')²⁰ ציטט את קושית המ"מ וכתב לתרץ וז"ל-

"ואפשר לומר לדעת רבינו דהא דאמרין בר"פ אלו מציאות דפלוגתא דאביי ורבא ביאוש לא מדעת הויא בדבר שאין בו סימן ואיפסקא הלכתא כאביי דאמר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום דהא לא ידע דנפל מיניה היינו לומר שאסור לו ליטלם אבל אם עבר ונטלם זכה בהם משום דכיון שהם בידו ואינו יודע למי יחזירם שהרי אין בהם סימן ולמקום שנטלם אין לו להחזירם כמו שנתבאר ממילא זכה בהם דאין לנו לומר שיעמוד עד שיבא אליהו אלא היכא דאתמר הכי בהדיא."

מחדש הכס"מ שכאשר רואה חפץ בלי סימן אין עליו כלל חובה של השבה כיון שאין לו למי להשיב וכיון שמצא את האבידה קודם יאוש אין הוא יכול לזכות בחפץ ולכן אסור לו ליגע בו כלל. וכך צריך לבאר את דברי הרמב"ם (פרק יד', ה') שכתב "יאוש שלא מדעת אפילו בדבר שאין בו סימן אינו יאוש, כיצד, נפל ממנו דינר ולא ידע בו שנפל אע"פ שכשידע בו שנפל יתיאש הרי זה אינו יאוש עתה עד שידעו הבעלים שנפל".

אך בפרק טו' הלכה א' מדבר על מציאות אחרת שכבר הגביה את האבידה ואע"פ שאין יאוש לדעת אביי מכל מקום הוא אינו יכול להחזיר את החפץ מחד, ומאידך אין לנו לחדש מעצמנו אם לא כתוב בהדיא להניחו עד שיבוא אליהו לכן המוצא יכול להשתמש בחפץ. ולכן הדין הוא שלכתחילה לא יגע ואם נטל זכה²¹.

אך תימה בדברי הב"י כיצד קנה את החפץ ויכול להשתמש בו (בפשטות הרי אלו שלו לעולם כיון שאין אפשרות לגלות מי הבעלים), הרי 'באיסורא אתא לידיה'?

בכדי ליישב יש להקדים את מחלוקת הראשונים בביאור הדין שהמוצא אינו יכול לקנות את החפץ כש'באיסורא אתא לידיה':

דעת הרמב"ן (מלחמות ב"מ דף יד: מדפי הרי"ף) היא שהמוצא הופך להיות שומר אבידה של הבעלים ואז נכנס החפץ לרשותם של הבעלים ולכן אין הבעלים יכולים להתיאש. צריך לומר שכל זה דוקא בזמן שיש סימן שאז יש סיכוי להשיבו לבעלים אך אם אין סימן אין על המוצא חובת השבה לבעלים וכיון שכן בהגבהתו אין הוא הופך להיות השומר של הבעלים ולכן היאוש יכול לחול.

20. וכן תירץ בב"י בסימן רס' אות ט' י' בד"ה "ומ"ש רבינו בשם הרמב"ם ז"ל וכתב עליו דלא נהירא".

21. ויש כאן קצת דוחק כיון שמדברי הרמב"ם משמע שזכה בו מיד בהגבהתו ואילו לפי דברינו צריך להמתין עד שהבעלים יתיאש.

דעת התוספות (ב"ק סו. ד"ה 'הכא') היא שמוטל על המוצא חובה של השבה ואין היאוש יכול להפקיע חובה זו, צריך לומר שבחפץ שאין עליו סימן אין עליו חובת השבה וכיון שכן היאוש יכול לחול.

וצריך לבאר לפירושים אלו שהטעם שבספק הינוח אף שאין סימן לכתחילה לא יגע, כיון שעדיין יש זיקה בין הבעלים לחפץ לכן יש עדיפות לבעלים שהחפץ ישאר במקומו כיון שאם המוצא מגביה את החפץ הוא זכה בו ואין סיכוי שלאחר מכן יקבלו הבעלים בחזרה אך אם ישאיר את החפץ במקומו אף שיש סיכוי שלא ימצאו או שגוי יקח את האבידה עדיין יש סיכוי שגם הבעלים ימצא את החפץ ולכן לכתחילה ישאיר את החפץ במקומו.

מדברי הכס"מ עולה הבנה חדשה במחלוקתם של אביי ורבא: אביי שאמר שיאוש שלא מדעת לא הוה יאוש, זהו דוקא קודם שהגביה את החפץ אך ברגע שהגביה את החפץ אין דין זה שייך לדעת אביי ואף הוא מודה שהרי אלו שלו כיון שאין כאן הגדרה של באיסורא אתא לידיה, לכן צריך להמתין עד שיתייאשו ויכול להשתמש בחפץ. לעומת זאת רבא טוען שכיון שעתידי להתייאש אין כאן באיסורא אתא לידיה וכאילו כבר חל היאוש, לכן מותר לו להגביה את החפץ לכתחילה ולקחתו.

ב. הדרישה (סימן רס' ס"ק יא' בסופו) הקשה את קושית המ"מ וכתב²²–

"והנלע"ד בישוב דברי הרמב"ם הוא דס"ל דעד כאן לא ס"ל לאביי כשבא לידו קודם יאוש אסור להחזיקו אלא כשתחילת לקיחתו היתה אדעתא להחזיקו לעצמו אבל היכא שתחילת הלקיחה בידו על דעת כן להכריזו ולהחזירו לבעליו אלא שטעה בדין שכיון שאין בו סימן לא שייך ביה הכרזה להכי יחזיק לעצמו שאם יחזירנו למקום שנטלה אפשר שיקחנה גוי".

עולה מדברי הדרישה שמחלוקת של אביי ורבא היא כאשר הגביה את החפץ ע"מ לקחתו לעצמו שאז אומרים ש'באיסורא אתא לידיה' ואילו בספק הינוח הגביה את החפץ על מנת להחזיר אלא שטעה בדין ולכן יש מקום ליאוש לחול.²³

22. והניף ידו שנית בסמ"ע רס', ס"ק מב'. וכן כתב הגר"א רס', ס"ק לג' בשם הדרישה.
23. כאשר מגביה לעצמו כפי שהגדירו הדרישה אין זה מוגדר כנוטלה ע"מ לגזלה כפי שהגמרא בדף כו: מבארת שנוטל ע"מ לגזול עובר בכולן, ואף לרמב"ן שסובר 'שעובר בכולן' ממש, כיון שבגזלה לוקח לעצמו ומתכוון לגזול ואין חייב להחזיר החפץ כיון שכבר עבר על לאו, אך כאן מדובר כאשר לא רצה לגזול אלא הגביה במטרה לזכות ולקחת לעצמו מדין אבידה.

(כאן התלבטתי בדעתו של הדרישה כיון שבמבט ראשון נראה שמגדיר הגדרה חדשה ב'איסורא אתא לידה' שדוקא אם לקחתי לעצמי אך אם לקחתי ע"מ להשיב מוגדר כבהיתרא אתא לידה. אך תימה מנין לעשות אוקמיותות כאלו. אלא נראה שהבין שבין אם הגבהתי ע"מ להשיב ובין אם הגבהתי ע"מ לקחת לעצמי יש לזה גדר של ב'איסורא אתא לידה', אולם אם הגבהתי בטעות כגון חפץ שספק הינוח שאין בו סימן אז לא הפכתי להיות שומר ולכן אין באיסורא אתא לידה. איברא שהדרישה כתב בפשטות שרק כשהגביה לעצמו מוגדר כ'באיסורא אתא לידה', ואם כדברנו היה לו לכתוב שאף שהגביה ע"מ להשיב באיסורא אתא לידה כיון שלא הגביה בטעות. וצ"ע)

ג. הש"ך (סימן רס' ס"ק כו') כתב-

"ולפע"ד אין כאן שום השגה על הרמב"ם, אדרבה פשוט לישנא דש"ס דלא יחזיר משמע שהוא שלו דאל"כ הו"ל ליה לפרושי דיהא מונח עד שיבא אליהו. אע"ג דהו"ל ליה יאוש שלא מדעת מ"מ אין צריך להניחו עד שיבא אליהו אלא כיון שאינו יודע למי יחזור יכול לעשות בו מה שירצה. והא דקי"ל יאוש שלא מדעת לא הו"ל יאוש (וכדלקמן סי' רס"ב ס"ג) היינו דאם נתברר של מי הוא צריך להחזירו ולא אמרינן כיון דנתייאש זכה זה בו אבל כל זמן שלא נתברר של מי הוא יוכל זה לעשות בו מה שירצה". לדעת הש"ך צריך לחלק בין ספק יאוש לבין ספק הנחה. ספק יאוש- זו מחלוקת אב"י ורבא, לדעת אב"י יכול להגביה את החפץ ולהשתמש בו ואם אח"כ התברר למי שייך החפץ חייב להחזיר כיון שלא קנה אותו ביאוש שאח"כ. ספק הונח- אין באפשרות המוצא כלל ליטול את החפץ כיון שיכול להיות שהוא מונח אך אם נטל את החפץ מותר לו להשתמש כדין חפץ שנמצא לפני יאוש ובמידה והתברר לאחר מכן מי הבעלים חייב להחזיר.

עולה מדברי הש"ך שמחלוקת אב"י לרבא רק לענין הקנין, דעת רבא המוצא קנה את החפץ כיון שהיאוש שיבוא לאחר מכן מועיל ואין צריך להחזיר לבעלים גם אם נתברר לו מי הם כיון שקנה את החפץ. ואילו לדעת אב"י אין היאוש שאח"כ מועיל ואין באפשרות לקנות את החפץ אך יש לו את האפשרות להשתמש עד שיוברר למי שייך החפץ.

מוסיף הש"ך שאפשר שזה דברי הב"י וז"ל "ואפשר גם כוונת הב"י והכ"מ כן בישוב דעת הרמב"ם אלא דלשונו קצת מגומגם".

ולענ"ד דוחק לומר שאלו דברי הב"י כיון שהב"י הבין את המחלוקת של אב"י ורבא בצורה אחרת. לדעתו המחלוקת היא במקרה שראה את החפץ ולא נגע בו אז יש דיון אם מותר לקחתו- שלדעת רבא מועיל היאוש ויכול לקחתו לעצמו ואילו לדעת אב"י אין מועיל ואסור לו לקחת את החפץ. אך לכו"ע אם

הגביה כבר את החפץ יכול להשתמש בו: לדעת אביי כיון שאין לו בעלים, ולדעת רבא כיון שקנה את החפץ²⁴.

הקשה הנתיבות (סימן רס', יג') -

"כולם תמהו על הרמב"ם דהא יאוש שלא מדעת הוא ועיין סמ"ע (ס"ק מב') ובש"ך שדחקו עצמם בזה וגם נראין דבריהם תמוהין דמהיכי תיתי יהיה רשאי להשתמש בדבר שאינו שלו וגם לשון שזכה בו משמע לגמרי שאפילו בירור עדים שוב לא מהני".

פירוש, איך אפשר לומר שיכול להשתמש בחפץ, הרי החפץ לא שלו?

ונראה ליישב שחיוב ההשבה אם יבואו הבעלים אינו מצד הבעלים כיון שהבעלים כשלעצמם התייאשו לגמרי, התורה היא המחייבת עדיין בהשבה כיון שהגיע קודם יאוש. כיון שיש כזה ניתוק של הבעלים מן החפץ א"א להגדירם כבעלים שהחפץ שלהם לענין שלא יהיה אפשרות למוצא להשתמש בו. לכן המוצא יכול להשתמש אך אם הבעלים יביאו ראיה כגון עדים שהחפץ שלהם צריך להחזיר להם. ודוחק.

24. הערת העורך: לעניות דעתי גם הש"ך סובר כבית יוסף שאסור ליטול חפץ בזמן של יאוש שלא מדעת, כמו כן נראה לי שהבית יוסף סובר כש"ך וגם לדעתו אם יודע מי המאבד אזי המוצא חייב להחזיר לו. אתחיל בלהוכיח שהב"י סובר כש"ך, ראשית הש"ך כתב לאחר דבריו בהסבר הרמב"ם "ואפשר גם כוונת הבית יוסף והכסף משנה כן בישוב דעת הרמב"ם אלא דלשונו קצת מגומגם" והנה בלשון הכס"מ והב"י מוכח שדעתו שביאוש שלא מדעת אסור ליטול וזה יסוד התירוף שלו, ולכן נראה שכוונת הש"ך לומר הוא שהיות והב"י סובר שאסור ליטול מוכח שסובר שאם נטל ונודע של מי החפץ צריך להחזיר - שהרי האיסור ליטול את החפץ נובע מכך שייטכן שעדיין יש לו בעלים ואם באו עדים ואמרו שעדיין יש לחפץ בעלים וודאי שהוא יצטרך להחזיר לפי סברת הב"י. ואמנם הש"ך כתב שלשון הב"י מגומגמת וכנראה כוונתו לכך שהב"י כתב "אם עבר ונטלם זכה בהם דכיון שהם בידו ואינו יודע למי יחזירם שהרי אין בהם סימן" שמשמע שזכה לגמרי, אמנם אין בכך דחיה גמורה שהרי הכס"מ עצמו מציין שהוא זכה כיון ש"אינו יודע למי יחזירם" ומשמע שאם נודע לו הוא צריך להחזירם, והביטוי זכה בו הכוונה זכיה לזמן. כמו כן נראה מוכח כן בשו"ע מפסיקתו בסימן רסב, שם כתב במפורש שביאוש שלא מדעת אם נטל צריך להחזיר לבעליו - ועל כורחנו שהב"י הבין כש"ך שצריך להחזיר אם נודע בעדים מי בעלי החפץ. והנה נראה לי שגם הש"ך סובר כב"י, ראשית מסברה קשה להבין איך מותר לקחת חפץ, ומהש"ך משמע שמותר לקחתו אפילו בעל מנת שלא להחזיר (כמבואר מקושייתו על הסמ"ע), ומצד שני חייב להחזירו אם יבואו בעלים. שנית עצם זה שהוא הבין שיכול להיות שהב"י הבין כמותו זה הוכחה שהוא לא ראה בכך שהב"י סובר שאסור ליטול את החפץ כסתירה לדבריו. ומה שלא כתב במפורש שאסור ליטול היא כיון שרצה לפתור את הסתירה בין סימן רס לסימן רסב ודו"ק.

לסיכום- ישנם שלושה תירוצים לקושית המ"מ על הרמב"ם שהביאה לביאור מחלוקתם של אביי ורבא בצורה שונה.

הבנת הב"י- ספק הנחה שווה לספק יאוש. לדעת אביי היאוש לא חל למפרע לכן אין למוצא האבדה להגביה האבדה אך אם בכל אופן הגביה הרי אלו שלו, כיון שאין כאן גדר של ב'אסורא אתא לידה'. דעת רבא שאבדה כזו הרי אלו שלו ולכתחילה מותר לו להגביה את האבדה.

הבנת הדרישה- ספק הנחה אינו דומה לספק יאוש. בספק יאוש לדעת אביי מותר אף לכתחילה להגביה אך כשמגביה לזכות בחפץ מכח אבדה מוגדר כ'באיסורא אתא לידה' לכן אין יכול לזכות עולמית, ואילו לדעת רבא היאוש חל כבר מעכשיו לכן יכול המוצא לזכות בחפץ. אך בספק הנחה לכתחילה לא יטול ואם נטל זכה כיון שנטל ע"מ להחזיר וטעה וממילא אין ב'איסורא אתא לידה'.

הבנת הש"ך- ספק הנחה אינו דומה לספק יאוש. שבספק יאוש לדעת אביי מותר להגביה לכתחילה אך מ"מ אין הוא יכול לקנות את החפץ עולמית, ואילו לדעת רבא כיון שהיאוש חל למפרע האבדה קנויה לו לעולם. ואילו בספק הנחה לכתחילה לא יטול אך מכל מקום שווים שאם נטל יש לו זכות שימוש.

בירור האם יש חילוק בין מקום המשתמר לגמרי לבין מקום המשתמר קצת?

מהרמב"ם (הלכות גזילה ואבדה, פרק טו, א') נראה שאיננו מחלק בין מקום המשתמר לגמרי לבין מקום המשתמר קצת, שבשני המקומות כתב שלא יגע אפילו אם יש בחפץ סימן.

המ"מ (פרק טו, א', ד"ה 'כל המוצא אבדה וכו') כתב-

"זה שכתב הרב הוא מפורש במשנה (דף כ"ה:) ובודאי הינוח בין יש בו סימן לאין בו סימן ה"ז לא יגע כמו שכתב למטה כגון שמצא חמור והיא משנה מפורשת שם באלו מציאות (דף ל':)".

דהיינו שמבאר משנה זו בדף כה: במקום המשתמר קצת. ומזה נלמד שאם במקום המשתמר קצת 'לא יגע' ואף שיש סימן בכדי שלא יטריח את חבריו לרדוף אחריו, כ"ש שבמקום המשתמר לגמרי לא יגביה ויכריז שבכך מטריח את חבריו.

וכן כתב הגר"א בהדיא (סימן רס', כה') וז"ל-

"הרמב"ם אינו מחלק בין משתמר קצת או שמשתמר לגמרי ובין יש סימן או לא, בכלם ודאי הינוח או ספק לא יטול ואם נטל יש חילוק בין שיש בו סימן או לא".

הטור (סימן רס', ט-י) חילק כאביו הרא"ש בין ג' מקומות שונים וז"ל-
 "(א) המוצא דבר במקום המשתמר כגון קורדום או טלית בצד גדר בין אם ידוע שבעליו הניחם שם או שהוא ספק אם הניחם שם אם לאו ה"ז לא יגע בו אפילו אם יש בו סימן ואצ"ל אם אין בו סימן שאין זה אבידה שמתחייב בהשבתה..."

(ב) ובמקום שמשתמר קצת כגון שבילים שבשדות בין אם ידוע שהבעלים הניחם שם בין אם הוא ספק אם יש בו סימן בין בגופו בין במקום נוטל ומכריז כיון שאינו נשמר שם היטב... ואם גם במקום אין סימן כגון אלומות קטנות שמתגלגלין או גוזלות מדדין דאיכא למימר שמא נדדו שם לא יטול דאיכא למימר שמא הונחו שם ויבואו ויקחו שלהם ואם יטלנו יפסידנו לבעליו שהרי אין בו סימן ואם נטלו אפילו בידו ולא הזיזו ממקומו כבר נתחייב בהשבה מעליא ולא יחזירנו למקומו אלא יהא מונח עד שיבוא אליהו, והרמב"ם כתב אם נטלו הוא שלו ולא נהירא".

עולה מדברי הטור שפסק כרא"ש לחלק בין מקום המשתמר לגמרי לבין מקום משתמר קצת.

אך תימה מדוע ציין הטור למחלוקת הרא"ש עם הרמב"ם רק במקרה שכבר הגביה את החפץ, הרי כפי שביארנו הרמב"ם חולק גם בכך שסובר שאף אם יש סימן לכתחילה לא יטול ואילו לפי הרא"ש כשיש סימן צריך להכריז? תרץ הדרישה (סימן רס', יא')-

"נראה דרבינו לא הבין דברי הרמב"ם כן מדלא כתב פלוגתא אדבריו בזה כמו שכתב אמה שכתב דבאין בו סימן ונוטלו שיחזיקנו לנפשו".

פירוש, הדרישה מדייק מכך שהטור לא הביא את מחלוקת הרמב"ם והרא"ש במקרה שיש סימן משמע שהבין שאף הרמב"ם מסכים וסובר שבמקום המשתמר קצת אם יש סימן נוטל ומכריז.

לשיטתו, דברי הרמב"ם בסעיף א' הם במקום המשתמר לגמרי ולכן אם ודאי הניח או ספק הניח בין יש סימן בין אין סימן לא יגע ואם נטל אם יש סימן נוטל ומכריז ואם אין סימן ולקחה משם נוטל לעצמו, ואילו דבריו בהלכה ב' הם במקום המשתמר קצת שבכל אופן כשיש סימן נוטל ומכריז.

הנתיבות (סימן רס', יב') גם כתב כדעת הדרישה שדעת הרמב"ם שבמקום המשתמר קצת ויש סימן נוטל ומכריז, אך חולק עליו ומחלק בין אם המקום הוא הסימן שאז נוטל ומכריז לבין אם יש סימן בגופו שאז לא יגע וז"ל-

"לכן נראה לפענ"ד לפרש דברי הרמב"ם בדרך נכון ובטעמים המסתברים, דברישא דמיירי בדרך הינוח ודאי, דהיינו במקום שהוא משתמר גמור, ובזה כתב שפיר דלא יגע בהן אפילו יש בו סימן וכדעת התוספות [שם], דמהיכי תיתי ישנה מדעת הבעלים ליטול ממקום הנחתן להטריחם כיון שמקום ההוא משתמר לגמרי. ואח"כ כתב 'ואפילו נסתפק הדבר ולא ידע וכו' , דהיינו שהמקום ההוא רק משומר קצת ומיירי דליכא סימן בגופו של חפץ, דלא כמ"ש הסמ"ע בס"ק מ"א. ועיין בדבריו שמאריך לישב את לשון הרמב"ם והשו"ע.

בירור במקום שאין משתמר כלל.

נשאר לברר ברמב"ם את דעתו בענין מקום שאין משתמר כלל.

הרמב"ם (פרק טו', י') כתב-

"מצא כריכות ברשות היחיד, אם דרך נפילה הרי אלו שלו, ואם דרך הנחה חייב להכריז שאף על פי שאין להם סימן המקום סימן אע"פ שאינו סימן מובהק. מצא אלומות בין ברשות היחיד בין ברשות הרבים נוטל ומכריז."

עולה מדברי הרמב"ם, שבדרך הנחה בין יש סימן בגופו ובין אין סימן בגופו נוטל ומכריז, ולכאורא קשה הרי ראינו עד כה שאף בספק הינוח לא יגע? אלא בהכרח לומר שמדובר במקום שאין משתמר כלל ולכן אם יש סימן בכל מצב נוטל ומכריז.

כך ביאר הריטב"א (דף כג.) את דעת הרמב"ם אחר שהוקשה לו לדעת הרמב"ם שאמר שלא יגע והרי מהגמרא בדף כג. מוכח שר' זביד סובר שבדרך הנחה נוטל ומכריז? ומבאר-

"אבל יש הנחה אחרת שאינה להצנעה כלל אלא שבא דרך שכחה כגון שעמד שם לעשות עסקיו והניח כליו סמוך לו ושכחם שם, וזה אנו דנין כשנמצאת האבדה במקום שאין משתמר כלל וזה דומה לנפילה, אלא דבנפילה ליכא סימן מקום ולא סימן מנין כמעוה מפורזות וכיוצא בו, ובדרך הנחה יש סימן וזהו דרך הנחה האמור כאן, וכל מקום שהזכירו סימן מנין או סימן מקום אינו אלא כזו, וזה יהיה לך אב לכל המקומות להבדיל בין הנחה זו ובין ספק הינוח ובין ודאי הינוח, וזה דבר שנכשלו בו גדולים דוק ותשכח."

הריטב"א מבאר שבמקום שאין משתמר כל הנחה שם היא הנחה של שכחה. לכן אם אדם מוצא שם דבר שיש בו סימן נוטל ומכריז כיון שהנחה זו דומה לנפילה אלא שבנפילה אין סימן בחפץ ואילו כאן בהנחה יש יתרון שאף שאין סימן בגוף החפץ יש אפשרות שיהיה סימן במקום.²⁵

עולה שלדעת הרמב"ם ישנה חלוקה לב' מקומות:

במקום המשתמר קצת לא יגע, ואם נטל כשיש סימן מכריז, וכשאינו סימן זכה. ובמקום שאין משתמר אם יש סימן נוטל ומכריז, ואם אין סימן שאף המקום איננו סימן הרי אלו שלו.

ביאור הגמרא בדף כה: בענין גוזלות המקושרים.

צריך ביאור בדברי הרמב"ם שהרי הגמרא מקשה 'ואמאי להוי קשר סימן' דהיינו שבמקום המשתמר קצת אם יש סימן נוטל ומכריז, והרי דעת הרמב"ם שבמקום המשתמר קצת לא יגע אפילו אם יש סימן?

(א) המ"מ (פרק טו', א') כתב-

"והנראה אלי מדברי רבינו ז"ל שהוא גורס כן בסוף אותה סוגיא אלא איכא למימר איניש אצניעניהו והוה ליה ספק הינוח וכו' ואוקימתא זו סותרת אוקימתות הראשונות שהיו מעמידין בדוקא בדבר שאין בו סימן".

פירוש בהוא אמינא הגמרא הבינה שבדאי הינוח אם יש סימן נוטל ומכריז אך כאשר תירצה הגמרא "אלא איכא למימר איניש אצניעניהו והוה ליה ספק הינוח" חזרה הגמרא מהו"א שהיתה לה והעמידה שתמיד לא יגע אף אם יש סימן.

הגר"א (סימן רס', כה') גם תירץ באופן דומה-

25. והעירני ידידי הרב העורך עריאל שטייג בדברי הערך לחם (על דברי השו"ע שהעתיק את דברי הרמב"ם, סימן רס', יא', ד"ה 'הרי זה לא יגע בו') שכתב-
 "ולסברא זו שהיא דעת הרמב"ם ז"ל אפילו עשויה מתחילה להתפנות לא יגע בו כיון שהוא מכוסה שהוא דרך הנחה דלדידה אין הפרש בין משתמר לשאין משתמר". ובהסבר דברי הרמב"ם כאן שאף בדרך הנחה נוטל צריך לבאר דבריו ע"פ האור שמח על הרמב"ם (פרק טו', י') שאף בהלכה זו מדובר בין שמקום המשתמר ובין במקום שמשתמר קצת ועיין שם שחילק שלכריכות יש דין שונה כיון דמינשתפא ברגלי אדם, ולכן גם הבעלים רוצה שהמוצא יגביה ויכריז. וצ"ע.

"וס"ל דמש"ש איכא למימר מעלמא כו' חזר בו ממה שכתב בתחלה דוקא שאין בהן סימן וז"ש כל ספק הינוח דייק כל".

כלומר משמע מלשון רב זביד "כל ספק הינוח" לרבות את כל המקרים, שאף במקרה שיש סימן לכתחילה לא יטול.

ב) הכס"מ (פרק טו', א') כתב לתרץ דברי הרמב"ם שהעמדת רב זביד היא בין ביש סימן שאם יטול יטריח את הבעלים ובין באין סימן שגורם לאבד את ממון הבעלים. המקשן שהקשה ו'להוי קשר סימן' ו'להוי מקום סימן' אין כוונתו שכשיש סימן נוטל ומכריז אלא כוונתו להקשות שהעמדת הגמרא את המשנה בדבר שאין סימן אינה נכונה, כיון שהמשנה עוסקת כשיש בו סימן (ממילא הטעם הוא לא בגלל איבוד ממון הבעלים אלא בגלל שמטריח את הבעלים). התרצן תירץ שאין הכרח לומר שהמשנה עוסקת דוקא כשיש סימן אלא אף כשאין סימן ולכן אפשר לומר את הטעם של 'מאבד ממון הבעלים'.²⁶

קשה לשיטתם כיון שהרמב"ם בהלכה ו' כתב-

"מצא גוזלות מקושרין בכנפיהן ומדדין אחר הגדר או אחר הגפה או בשבילין שבשדות הרי זה לא יגע בהן שמא בעליהן הניחום שם, ואם נטלן הרי אלו שלו, ואם היו קשורין קשר שהוא סימן חייב להכריז, וכן אם מצאן קבועים במקומן חייב להכריז שהמקום סימן".

משמע שאם יש סימן צריך ליטול ולהכריז.

ומתרץ הדרישה וז"ל "ולכל הפירושים צריך שתדע שמ"ש הרמב"ם... אאם נטלן קאי דאם לא כן דבריו סותרין ודו"ק"

פירוש, צריך לומר שהרמב"ם עוסק כאן כאשר כבר נטל ולכן חייב להכריז, אבל לכתחילה לא יטול אפילו אם יש סימן.

26. הריטב"א (דף כג.) מגדיר ברמב"ם שכל מקום המשתמר נחשב כודאי הינוח ומקום שאין משתמר נחשב כספק הינוח. בדף כה: כתב לבאר את דברי הרמב"ם וז"ל-
 "אבל יש מפרשים, וזה דעת מורנו, דסתמא נקט כל ספק הנוח לא יטול, דעל הספק עשאוהו כודאי הנוח, והא דאמרינן בגמרא דכיון דלית להו סימנא וכו' טעמא רויחא נקט דמהאי טעמא אמור רבנן הכי ומיהו לא פלוג רבנן. והא דפרכינן וליהוי קשר סימן וליהוי מקום סימן אלישנא בעלמא פרכינן דפרישנא דמתני' דלית להו סימן, ומיהו למאי דאסיקנא טעמא משום ספק הנוח לא יטול אפילו יש בהם סימן בקשר וכיוצא בו לא יטול. והא דאמר רב זבדא ספק הינוח לא יטול ה"ק דאפילו ספק הנוח לא יטול וכ"ש ודאי הנוח דההוא פשיטא, זהו תורף דבריהם והאמת מורה דרכו".
 הריטב"א מגדיר שכל ספק עשהו כודאי. ולענין הגמרא מבאר ששאלת הגמרא "אלישנא בעלמא פרכינן" סתם בהבנת המשנה אך לא כדי להסיק מסקנות כשיש סימן יטול ויכריז.

ב. פירוש המושג "אם נטל לא יחזיר".

הגמרא בדף כה: סכמה את הסוגיא באומרה "אמר רבי אבא בר זבדא אמר רב כל ספק הינוח - לכתחילה לא יטול, ואם נטל - לא יחזיר".

בחלק זה הייתי רוצה לברר את הדין כאשר כבר נטל, מה פירוש 'לא יחזיר'?

רש"י (ד"ה אם נטל לא יחזיר) כתב "דהא ליכא דיהיב סימנא".

משמע שלא יחזיר את החפץ לבעלים כיון שאין סימן וממילא אין מי שיתן סימן ולכן יניח. וכן כתב בדף לז:-

"ואם בא אחר ואמר שלי הוא, וסימן אינו נותן בו - לא יחזירנו, שמא אינו שלו, וסוף הבעלים לבוא, ויביא עדים שהניחו שם, לפיכך יהא מונח ביד זה עד שיבא אליהו, דהאי לא יחזיר - לא שיהא שלו קאמר, דהא מעיקרא באיסורא אתא לידיה, אם הינוח הוא, אלמא: מידי דמספקא לן דמאן נינהו - צריך להניחו ביד מי שהוא, עד שיתברר הדבר".

עולה מדבריו שלא יחזיר הכוונה לבעלים.

הרמב"ן (בחידושיו בדף כה:) אחר שדחה את דברי רש"י שפשיטא שלא יחזיר לבעלים כיון שאין לבעלים סימן, כתב את גירסת הירושלמי-

"ובירושלמי גרסינן הכי ר' אבא בר זבדא אשכח חמר מכוסה בחספא ונסביה אתא שאל לרב א"ל לא עבדת טבאות א"ל ונחזיריניה א"ל לא דאימור אתא מריה בעי ליה ולא אשכח ואתיאוש מיניה".

מובן מהירושלמי שהכוונה ב'לא יחזיר' היינו שלא יחזיר את החפץ למקומו. הירושלמי כתב טעם לדבריו שמא יבואו בעליו ולא ימצאו ונמצא שהוא אבד את ממון הבעלים.

לאור דברי הירושלמי מסיק הרמב"ן-

"ולפי טעם זה אפשר שאם הגביה ולא זו משם שיכול להחזירה למקומה".

בהמשך הרמב"ן מתמודד בשאלה מדוע אם הגביה לא חייב בהשבתה? ומתרץ שני תירוצים:

(א) "וטעם זה שאמרו בירושלמי עיקר שכיון שאינו מצווה מתחלה להחזירה אע"פ שהגביה לא נתחייב בה כיון שהחזירה למקומה..."

פירוש כיון שאין זו אבידה שמוזהר עליה להחזירה ממילא אין עליו חיוב השבה וממילא גם כשמגביה את האבידה לא חלה עליו חובת ההשבה. חובת ההשבה מתחילה ברגע שלא יכול להחזיר את האבידה למקום שממנו הגביה אותה, דהיינו משעה שהלך מאותו מקום.

(ב) "ועוד שאם אין בה סימן ודרך נפילה הא איאוש, ואי דרך הנחה אף הוא לרשות הבעלים החזירה הילכך יחזיר, אבל טעם המפורש בירושלמי עיקר".

הרמב"ן מבאר שכיון שמדובר בספק הינוח יכול להחזירו למקום שמצאו ממה נפשך: על הצד שמדובר בדרך נפילה פשוט שיכול להחזיר לאותו מקום, כיון ש'הרי אלו שלו', ועל הצד שמדובר בדרך הינוח הרי הבעלים הניחו כאן וסמכו על מקום זה לכן יהיה מותר להחזיר לאותו מקום²⁷.

לענ"ד נראה שיש נפק"מ בין שני הטעמים במקרה של ספק הינוח וספק נפילה, ואף על הצד של ספק הינוח יש ספק שמא הונח בשכחה שמא הונח מרצון. לטעם הראשון אם הגביה יכול להחזיר כיון שלא היה חייב בהשבה ועכשיו גם לא מוטל עליו חיוב השבה, ואילו לטעם השני אף שלא זו משם לא יחזיר כיון שיתכן שהבעלים שכחו את החפץ שם וממילא כשמחזיר את החפץ למקומו איננו נחשב שמחזירו לרשות הבעלים.

התוספות (דף כה:; ד"ה "ואם נטל לא יחזיר") כתבו כדעת הרמב"ן והירושלמי, אך הקשו-

"ומיהו אם נטל לא יחזיר משמע רק שנטלה ואע"ג דלא הולכה לשום מקום לא יחזיר".

התוספות הסיקו אחרת וכתבו-

"ויש לפרש דמיירי הכא בספק אבידה דאפילו הניחה בעלים שם מדעת דומה ששכחוהו, דבלא משתמר כי אם קצת מיירי דומיא דמתניתין דעל מתניתין קאי רבי אבא. ולכך אם נטל לא יחזיר דהשתא אבידה היא ושכחוהו הבעלים וכיון שאם היה יודע שהיא אבידה היה מחויב בהשבתה בלא שום הגבהה אם הוא יודע של מי הוא דכיון שהוא משתמר קצת לא יתייאשו הבעלים היכא דהגביה הוי מחויב בשמירתה מספק".

התוספות מבארים שכיון שהמקום הוא מקום המשתמר קצת, אין זה אבידה מדעת. וכיון שבאבידה כזו אם היה יודע מי הבעלים היה חייב בהשבה, חוסר ידיעת הבעלים לא מבטל את חיוב ההשבה.

לאור דבריו יש להקשות, כיון שיש חיוב השבה כשהגביה מדוע לכתחילה לא יטול? צריך לומר שלכתחילה יש חיוב השבה אך כיון שאין בחפץ סימן מניחו שזהו בעצם השבתו, כיון שזהו בעצם רצון הבעלים. אך כאשר מגביה את

27. עוד י"ל שבדאי הינוח כיון שהבעלים הניחו שם וסמכו על המקום ממילא אם מחזיר לשם כאילו החזירו לחצר הבעלים.

האבידה מלבד חיוב ההשבה חל עליו חיוב ממוני נוסף של שומר²⁸ ולכן אין הוא יכול להחזיר את האבידה למקומה, כיון שהמקום לא שמור ונחשב הדבר לפשיעה. ואף שהבעלים מעדיפים שיניח את החפץ במקומו כיון שכבר חל עליו חיוב של שמירה מעליא אין מתחשבים בדעתם.

על סמך דברים אלו מבאר התוספות שהירושלמי עוסק במקום המשתמר ולכן אין עליו חיוב השבה כלל. לכן רק כאשר נטל את החפץ והלך מאותו מקום אין הוא יכול להשיבו בחזרה למקומו כיון שיתכן שהבעלים חפשו באותו זמן את החפץ במקום זה ולא יחזרו לחפש אותו שוב. התוספות מוכיחים את פירושם בירושלמי מכך שנראה שהירושלמי עוסק בחפץ עם סימן, כיון דסתם חפיסה יש בה סימן, ואם היה מדובר במקום המשתמר קצת מדוע לא עשה כדן כשהגביה הרי הדין הוא שאם יש סימן נוטל ומכריז.

הרמב"ם (הלכות גזילה ואבידה, פרק טו' סוף הלכה א') כתב-
"ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם, ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו."

ובהלכה ב' כתב-

"וכל דבר שיש בו סימן בין דרך הנחה בין דרך נפילה בין ברשות היחיד בין ברשות הרבים חייב להכריז"

עולה מדברי הרמב"ם שאם נטל לא יחזיר לאותו מקום ולכן אם יש סימן נוטל ומכריז ואם אין סימן זכה בו לעצמו²⁹.

צריך לברר בדעת הרמב"ם ממתי המוצא לא יכול להחזיר את החפץ למקום? המ"מ (ד"ה "ואם עבר") הביא דברי הרמב"ן והרשב"א שאם נטל ולא הלך משם יכול להחזיר כיון שהטעם הוא שמא הבעלים באו ולא מצאו את האבידה, כמו שכתב הירושלמי. עולה מדבריו שאם לא יודע בודאות שהבעלים לא הגיעו למקום צריך להחזיר את החפץ ואינו יכול לזכות בו בהגבהתו.

הסמ"ע (סימן רס' ס"ק מא') כתב-

28. ראוי לציין שאם היה על אדם חיוב השבה אך הוא לא הגביה את החפץ ולאחר מכן החפץ נגנב איננו חייב, כיון שהחיוב של השמירה תלוי בהגבהה אף שחיוב ההשבה אין תלוי בהגבהה.

29. ראוי לציין שדעת הרמב"ם ש'מקום הוי סימן' וא"כ וצריך להעמיד בגוזלות מדדים וכדומה כדי לבאר מדוע המקום לא הוי סימן.

"ונראה דקאי דוקא אדסמיך ליה אמצא במקום שיש להסתפק בהינח או באיבוד דאז מיד שנטלן בידו אפילו לא הלך עמו לביתו אסור לו להחזירו כשיש בו סימן, או אפילו בודאי הינח והלך עמו לביתו".

ולא ידעתי למה חלק הסמ"ע על המ"מ, שהרי אף בספק הינח במקום שאין משתמר כל כך אפשר שאם הלך לביתו אסור לו להחזירו אך אם לא הלך משם יכול להשיב כשיש סימן. עוד נראה שמוכרחים להעמיד כך כיון שהטעם שלא יגע במקום משתמר קצת הוא כיון שלבעלים המקום משתמר באופן סובייקטיבי ואף בספק הינח אנו אומרים שהספק שהניח מכריע ואם המקום שמור באופן סובייקטיבי לאדם יכול להשיב לשם. והרמב"ן שטען שאם יש סימן חייב להשיב כיון שעוד קודם ההגבהה חל עליו חיוב של השבה כמו נפילה כיון שיש סימן.

לסיכום – מצינו ג' דעות בפירוש המושג 'אם נטל לא יחזיר':

א. דעת רש"י- הכוונה שלא יחזיר את החפץ לבעלים כיון שאין לחפץ סימן ואין ראייה ודאית שהחפץ של המבקש.

ב. דעת הרמב"ן- הכוונה שלא יחזיר למקום ההנחה, אך אם הבעלים בודאי לא הגיעו יכול להשיב למקום ההנחה. וכן נראה דעת הרמב"ם.

ג. דעת התוספות- הכוונה שלא יחזיר למקום ההנחה, אך סובר שאין להחזיר את החפץ למקומו גם אם לא הלך משם, כיון שבפעולת ההגבהה הפך להיות שומר.

ג. פסיקת ההלכה.

השו"ע (סימן רס' סעיף ט') כתב-

"כל המוצא אבידה, בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן, אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה, שמא בעליה הניחוה שם עד שיחזרו לה, אם יבא ליטלה, והיה דבר שאין בו סימן, הרי איבד ממון חבירו, שהרי אין לו בה סימן להחזיר בו. ואם היה דבר שיש בו סימן, הרי זה הטריחן לרדוף אחריה ולתת סימניה. לפיכך אסור לו שיגע בה עד שימצאנה דרך נפילה. אפילו נסתפק לו הדבר, ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונח, הרי זה לא יגע בו, ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם. ואם היה דבר שאין בו סימן, זכה בו ואינו חייב להחזירו. וכל דבר שיש בו סימן, בין ספק הנחה בין בדרך נפילה, בין ברה"י בין ברה"ח, חייב להכריז".

עולה מדבריו שפסק כשיטת הרמב"ם לאורך כל הדרך. מקום המשתמר ומקום המשתמר קצת לא יגע ואם נטל לא יחזיר³⁰, ואם אין סימן זכה.

נראה שגם במקום שאין משתמר כלל פסק כדעת הרמב"ם שאם יש סימן ואף במקום נוטל ומכריז, שכתב בסימן רסב' בסעיף ט בהדיא וז"ל "מצא כריכות קטנות של שבליים בר"ה, הרי אלו שלו, שהרי אין בהם סימן. ואם מצאם ברשות היחיד, אם דרך נפילה, הרי אלו שלו. ואם דרך הנחה, חייב להכריז, שאף על פי שאין בהם סימן, המקום הוא סימן. אבל אם מצא אלומות, בין ברשות היחיד בין ברשות הרבים, נוטל ומכריז."

אך יש להקשות שבסימן רסב' סעיף ג' כתב בדיון יאוש שלא מדעת-
"צריך להחזיר אע"פ שנתיימש אחר כך, כיון שבא לידו קודם יאוש."

עולה מדבריו שפסק כדעת רוב הראשונים שהמוצא לא יכול להשתמש בחפץ וצריך להשיבו לבעליו, והרי לעיל כתבנו שמבאר במחלוקת של אב"י ור"ב שאם הגביה אף לדעת אב"י זכה? וצ"ע.

ונראה לישב שאכן סובר שמותר להשתמש בחפץ, ומה שכתב ש"יחזיר" היינו כשיודע מי הבעלים. ודוחק.

הרמ"א (סימן רס' סעיף י') כתב-

"כל אלו דברי הרמב"ם, אבל יש חולקין בכל זה וסבירא להו דג' חילוקים בדבר:

(א) דאם הדבר משתמר כגון טלית או קרדום בצד גדר, והוא ספק אם הניחו בעלים שם, לא יגע בהן בין יש בו סימן בין אין בו סימן. עבר ונטלו והוליקו לביתו, אם יש בו סימן יכריז, ואם אין בו סימן יהא מונח עד שיבא אליהו. לא הוליקו לביתו, יחזור ויניחנו על מקומו.

(ב) ובמקום שאינו משתמר כלל, אפילו ודאי הונח ואין בו סימן לא בחפץ ולא במקום, הרי של מוצאו. ואם יש בו סימן, נוטל ומכריז.

(ג) ובמקום שמשתמר קצת, כגון שבולין שבשדות, אפילו ספק הינוח, יש בו סימן נוטל ומכריז, ואם אין בו סימן, לא בגופו ולא במקום, לא יטלנו, ואם נטלו רק בידו ולא הוליקו לביתו לא יחזיר, שהרי אין המקום משתמר היטב, ויהא מונח עד שיבא אליהו, וכן נראה לי עיקר."

נראה אם כן שפסק כשיטת התוספות, הרא"ש והטור לחלק בין ג' מקומות

30. נראה כמו הבנת המ"מ שדוקא כאשר הלך משם אך אם נטל ולא זז ממקומו ואין סיכוי שהבעלים הגיעו לשם יכול להחזיר.

- א. מקום המשתמר- אף בספק הינוח לא יגע אף שיש סימן.
- ב. מקום שאין משתמר כלל- אם אין בו סימן הרי אלו שלו, ואם יש בו סימן נוטל ומכריז
- ג. מקום המשתמר קצת אם יש סימן נוטל ומכריז.³¹
- ובענין המושג 'אם נטל לא יחזיר' כתב שאף שלא זו משם כל שנטל בידו לא יחזיר, כדעת התוספות.

הש"ך (ס"ק לב') כתב בהסבר המושג 'אם נטל לא יחזיר'-
 "ומדברי הנ"י והר"ן פרק אלו מציאות והרמב"ן והרשב"א והרב המגיד פט"ו מהל' גזילה נראה להדיא דבכה"ג יחזיר כיון שלא הוליכו לביתו דממ"נ אם הבעלים הניחום שם לדעתם כיון שמקום זה משתמר הוא לדעת בעלים יכול להחזירו ואי מעלמא אתי כיון שאין בו סימן הרי הוא שלו וכיון שיכול להניחו בביתו למה לא יהא רשאי להניח במקום שנטל וכן נ"ל עיקר דמשמע דהך דרבי אבא בר זבדא דבש"ס דילן היינו הך דירושלמי ודוק".

עולה מדבריו שחולק על הרמ"א בפירוש המושג 'אם נטל לא יחזיר', וסובר שרוב הראשונים חולקים וסוברים כרמב"ן שדווקא אם הוליכו לביתו לא יחזיר למקומו. אך אם עוד לא הלך יחזירו למקומו, ממה נפשך אם דרך נפילה פשוט שמותר להחזיר ואם דרך הנחה הרי זה מקום משתמר לבעלים וממילא מותר להחזיר.

31. אולי היה ניתן לדייק מלשונו של הרמ"א שכתב דוקא ספק הינוח נוטל ומכריז שמשמע בודאי הינוח לא יגע וזה כשיטתו של הר"ן אך קשה לומר כן כיון שכלל לא ראה את הר"ן וכתב בסתם ספק הינוח. אך מ"מ צ"ע כיון שמשנה מלשונו של הטור שהרי הטור כתב "בין אם ידוע שהבעלים הניחום שם בין אם הוא ספק" והרמ"א כתב רק את הדין של ספק.