

## משנת 'אלו מציאות' - מה בין אבידה למציאה

(כא, א)

### הקדמה

הפרק השני במשנת בבא מציעא נפתח בפירוט של רשימת מציאות, אשר המוצא אינו מחוייב עליהן במצוות השבת אבידה, אלא רשאי לקחת אותן לעצמו. למעשה, העיסוק בנושא של דיני מציאה ומצוות השבת אבידה החל כבר במשניות הפרק הראשון. משניות א-ה עוסקות בדיני הזכייה במציאה, ומשניות ו-ח עוסקות במצוות השבת אבידה (בשטרות). אם כן, לאחר שנחשפנו כבר בפרק הראשון לחלוקה בין 'מציאה' שזוכה בה, ל'אבידה' שמחייבת בהשבה, מתבקשת השאלה: 'אלו מציאות שלו ואלו חייב להכריז?'

### פירות מפוזרים

דין המשנה הראשון הוא 'פירות מפוזרים - הרי אלו שלו'. הגמרא פותחת בשאלה: 'וכמה?'. שאלה זו יכולה להתייחס לשני מרכיבים - כמות הפירות ושטח הפיזור, וכן ליחס ביניהם. אכן, תשובת רבי יצחק מתייחס לכל שלושת הקריטריונים.

בתוספות הסבירו ששאלת 'וכמה' היא בעצם שאלתו של רבי יצחק, והיא מבוססת על שלילת האפשרות שמדובר בפירות שנמצאו בדרך נפילה, כיון שהוא סובר כאביו, שייאוש שלא מדעת לא הוי ייאוש. לכן סבר רבי יצחק שאם נמצאו הפירות בדרך נפילה לא ניתן היה לקחת אותם, אם אין וודאות שכבר נודע לבעלים והתייאשו.

אולם, אם נאמר שרבי יצחק סובר כאביו, לא מובנת טענת הסתמא דגמרא כלפיו 'היכי דמי? אי דרך נפילה - אפילו טובא נמי, שהרי אינו יכול לקחת את הפירות שמא עדיין לא התייאשו הבעלים.

בחידושי הרמב"ן כתב שלפי הסבר זה צריך לומר שבעל הסתמא לא ידע את דעתו של רבי יצחק, ולכן שאל 'היכי דמי', עד שבא רב עוקבא וגילה שכוונתו דווקא ל'מכנשתא דבי דרי'.

לעומת זאת, הרמב"ן עצמו כתב שרבי יצחק לא בא להגביל את המשנה דווקא למכנשתא דבי דרי, אלא ללמד שדין המשנה יכול להתקיים גם במכנשתא דבי דרי, בתנאי שהפיזור הוא של קב או פחות בשטח של ארבע אמות או יותר.

בהמשך להבנה זו, מסביר הרמב"ן את הרי"ף, שכן הביא את דברי הסתמא 'אי דרך נפילה - אפילו טובא נמי', משום שניתן לטעון שגם בדרך נפילה יש וודאות בייאוש הבעלים מאחד הטעמים שהובאו לשיטת אביו ביחס לפרטים אחרים במשנה, שאדם שם לב לנפילתם, משום שחסרון משקלם מורגש לו, או שהוא רגיל למשמש בהם משום חשיבותם עבורו.

הרמב"ם כתב בהלכות גזלה ואבדה (טו, ח) כדברי בעל הסתמא דגמרא:

מצא פירות מפוזרין, דרך הנחה - לא יגע בהן, דרך נפילה - הרי הן שלו.

בטור חושן משפט, הלכות אבידה ומציאה סימן רסב, הקשה על דברי הרמב"ם על יסוד פסק ההלכה בסוגיית ייאוש שלא מדעת:

והרמב"ם ז"ל כתב: מצא פירות מפוזרות, דרך הנחתן - לא יגע בהן, דרך נפילתן - הרי הן שלו.

ולא נהירא, דבגמרא מוקי למתני' דמצא פירות הרי הן שלו במכנשתא דבי דרי, שמדעת הונחו שם ונתייאו הבעלים, כדפרישנא לעיל בקב בד' אמות. הא לאו הכי - אסורים, מפני שלא ידעו הבעלים שנפלו שיתייאשו מהן. ודאי, אם דרך נפילתן מוצא שם וידוע שנתייאו בעלים - מותרים, אבל סתמא - לא.

בבית יוסף (חו"מ סי' רסב) תירץ את דברי הרמב"ם על פי דברי הרמב"ן על הרי"ף:

והחכם המרשים כתב על מ"ש רבינו ולא נהירא וכו': נהירים ומאירים דבריו, דהא דאקשינן (כא, א) היכי דמי אי דרך נפילה אפילו טובא נמי וכו' גם אליבא דאביי דהלכתא כוותיה מקשינן לה, דכיון דיקירי מידע ידיע כדאמרינן בעגולי דבילה, והא דמותבינן לאביי ממתניתין ומתריצין לה במכנשתא דבי דרי היינו מקמי דידעינן טעמא דיקירי, אבל בתר דידעינן ליה מתניתין בכל אנפי מיתוקמא כאביי עכ"ל.

באופן זה הסביר בתוספות יום טוב (ב"מ ב, א) את פירוש רע"ב:

מצא פירות מפוזרין - כתב הר"ב: 'סתמא נתיאשו הבעלים'. וכן דעת הרמב"ם. ופירשו<sup>3</sup> דטעמו דאגב יקיריהו וחיבותיהו ממשמש בהו בכל שעה. וידע שנפלו ממנו. וכיון שלא בא ונטלן ודאי נתיאש לפי שאין בו סימן והרי הם הפקר ובמעוה מפוזרות מפרשינן בגמרא דאדם ממשמש בכיסו כל שעה.

### מכנשתא דבי דרי

רש"י על המשנה הסביר את דין 'פירות מפוזרין': 'נתייאו הבעלים מהן, כדאמר בגמרא, והפקר הן'. מלשונו משמע, שאדם מתייאש מאבידתו, וכתוצאה מכך היא נעשית הפקר.

בגמרא מוסבר טעם הדין לפי האוקימתא של מר עוקבא לדין פירות מפוזרין:

'קב בארבע אמות דנפיש טרחייהו- לא טרח איניש, ולא הדר אתי ושקיל להו - אפקורי מפקר להו...'

גם בבעיות של רבי ירמיה בהמשך הסוגיא מוזכרת בפירוש המילה הפקר.

<sup>3</sup> לשונו מוגה עפ"י הישושנים לדודי (ב"מ ב, א), שכתב:

ורצ"ל שפירשו המפרשים דטעמו של הרמב"ם דקאמר שסתמא נתיאשו הבעלים היינו אגב דיקירי וכו', וכן הוא שם בכ"מ בשם הרמב"ן ונמק"י. והבית דוד נזדמן לו נוסחא משובשת בתי"ט (לא ידענא באיזה דפוס), דגריס ופירשו בגמרא דטעמא וכו', והקשה ע"ז דבגמ' ליתא אלא במכנשתא דביזרי וכו' ע"ש, ויפה הקשה לפי אותה גירסא אבל משבשתא היא וכדאמרן.

מלשון הגמרא משמע, לכאורה, שהבעלים לא הפקיר את הפירות מלכתחילה, אלא כיון שכבר עזב את המקום, וזו טירחה בשבילו לשוב ולאסוף את הפירות, הרי הוא מפקיר אותם.

אולם, רש"י מדגיש שהביטוי 'נפיש טרחייהו' אינו מתייחס לעצם הטורח לחזור, אלא 'נפיש טרחייהו' - לקבצן, ומוכח כדבריו, שהרי רב עוקבא לא תלה את הדין בכמות הפירות, אלא במידת פיזורם. גם ספקותיו של רבי ירמיה מתייחסים למידת הפיזור של הפירות ביחס לחשיבותם. לאור זאת, מסתבר לומר שהבעלים הפקיר את הפירות מלכתחילה, כאשר החליט לעזוב את המקום מבלי לאוספם.

כן משמע גם בסוגיא הבאה, בדף כא עמוד ב, בתירוץ להוכחה הראשונה שניסו להביא כנגד אביי, כשהביאה הגמרא את האוקימתא של רב עוקבא, והוסיפה: 'דאבידה מדעת היא'. והסביר רש"י: 'שלא נפלו ממנו, אלא מדעת הניחם הפקיר'. ברמב"ם בהלכות גזלה ואבדה (טו, יב) כתב:

מצא פירות מפוזרין במקום הגרנות, אם היו כמו קב בתוך ארבע אמות או ביתר על ארבע אמות הרי אלו שלו מפני שאין הבעלים מטפלים באסיפתן, היו מפוזרין בפחות מארבע אמות לא יגע בהן שמא הבעלים הניחום שם. הרמב"ם לא הזכיר את הביטויים 'הפקיר' או 'אבידה מדעת' בדין זה, אך הסביר את טעם הדין 'שאיין הבעלים מטפלים באסיפתן'.

במקרה של פיזור בפחות מארבע אמות, חידש הרמב"ם, שאין חיוב להכריז, אלא יש להתייחס אל הפירות כ'ספק הינוח', ולכן אין לגעת בהם. דברי הרמב"ם מסתברים עפ"י לשון הגמרא בעמוד א, שהסבירה שהדין תלוי בשאלה אם 'הדר אתי ושקיל להו', ובפרט אם נדקדק בלשונו 'מקום הגרנות'<sup>4</sup>, שבמקום זה היו כמה גרנות, ולכן המקום בו נמצאו הפירות אינו יכול להוות סימן.

### אבידה מדעת

כפי שהזכרנו, בסוגיית ייאוש שלא מדעת, הגמרא הגדירה את הפירות המפוזרים במכנשתא דבי דרי כ'אבידה מדעת', ולכן מותר לקחת אותם גם לדעת אביי. הרמב"ם כתב בהלכות גזלה ואבדה (יא, יא):

המאבד ממונו לדעת - אין נזקקין לו. כיצד? הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו, השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו וכל כיוצא בזה, הרי זה אבד ממונו לדעתו. ואף על פי שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו - אינו זקוק להחזיר, שנ': 'אשר תאבד' - פרט למאבד לדעתו. בטור חושן משפט הלכות אבידה ומציאה סימן רסא חלק על הרמב"ם, וכתב:

<sup>4</sup> בשונה מלשון רש"י (כא, א) בד"ה 'במכנשתא', שכתב: 'בשעת אסיפת גרנות, וכאן דשן בעליהן...'. מלשון רש"י קצת משמע שניתן לדעת בדיוק מיהו הבעלים שדש את פירותיו במקום שבו נמצאו הפירות המפוזרים. כן משמע קצת גם מלשון הרי"ף שכתב 'בציר מהכי טרח איניש ולבעל הגורן נינהו'.

כתב הרמב"ם אף על פי שאין לרואה ליטלה לעצמו מ"מ אין חייב ליטפל בה וכ"כ הרמ"ה.

ואין נראה כן, דאבידה מדעת הוי הפקר.

בב"י ובכס"מ יישב דברי הרמב"ם, וכתב: 'דעת רבינו, שבשביל שזה אינו חושש לפקח על נכסיו - לא נאמר שהפקירם'.

המושג 'אבידה מדעת' מופיע גם בהמשך הפרק ביחס לכלי טמון באשפה שעשויה לפנות. הגמרא טוענת שלא יתכן שדינו של כלי זה הוא 'נוטל ומכריז' כפי שמופיע בברייתא, שכן 'אבידה מדעת היא'. אמנם, לא נאמר בגמרא בפירוש שיהיה מותר לאדם ליטול את הכלי לעצמו, אך יותר פשוט להבין כדברי הטור.

בגמרא בפרק חמישי במסכת בבא בתרא (פז, ב) ביחס לדין המשנה שהשולח את בנו אצל חנווני ופונדיון בידו לקנות שמן, ושבר את הצלוחית, ואיבד את האיסר, שהחנוני חייב, שואלת הגמרא מדוע חייב על הצלוחית, הרי 'אבידה מדעת היא'.

רשב"ם מסביר את שאלת הגמרא על הצלוחית דווקא, בכך שמסירת האב את הצלוחית לתינוק שאינו יודע לשמרה הופכת אותה להפקר. בעקבות כך מתעוררת השאלה גם על הפונדיון, ועל כך מתרץ רשב"ם, שכיון שאנו מסבירים את דעת האב שרק 'לאודועי ליה שדריה', הרי לא התכוין שישלח בידו חזרה את העודף.

נשאלת השאלה: לשיטת הטור, אם גם הפונדיון היה בגדר 'אבידה מדעת', הרי גם הוא הפקר, וכאשר נטלו החנוני מיד התינוק זכה בו לעצמו, וממילא האיסר שהחזיר לתינוק אינו נחשב אלא מתנה.

ממקור זה מוכיח הגר"א כדעת הרמב"ם, שאבידה מדעת עדיין אינה בגדר הפקר, וכיון שהגיע הפונדיון ליד החנוני, הרי קיבל תשלום על השמן, והתחייב להחזיר את תמורתו.

הגר"א (על השו"ע סי' רסא סעיף ד, בס"ק ט) תולה את מחלוקת הרמב"ם והטור במחלוקתם בתנאי הפקר, אשר מובאת להלן בשו"ע חו"מ בסי' רעג (סעיף ז), שהשו"ע כתב שמדין תורה הפקר צריך להיות בפני אדם אחד לפחות, ומדברי סופרים עד שיהיו שלושה (כדי שיהיה אחד זוכה ושניים מעידים). לעומת זאת, הרמ"א הביא את שיטת התוספות (להלן בב"מ ל, ב ד"ה אפקרה) שהפקר יכול להיות גם בינו לבין עצמו. ואמנם, גם תוספות מודים שחכמים תקנו שיפקיר בפני שלושה, אך יש מקומות שבהם לא דרשו תנאי זה, כאשר אנו סהדי שמפקיר בלב שלם, ואז מועיל ההפקר בינו לבין עצמו אפילו מדרבנן.

## ההכרעה בספקות רבי ירמיה - ספיקות בדיני השבת אבידה

### ספק ממון או ספק איסור

מסקנת הגמרא בעניין ארבעת הספיקות של רבי ירמיה היא 'תיקו', אך הרי"ף לא הביא את ספיקותיו של רבי ירמיה בהלכותיו. לכאורה, משמעות השמטה זו היא שכל המקרים הללו שאין בהם יותר מקב פירות מפוזר בשטח של פחות מארבע אמות,<sup>5</sup> כלולים בדין 'פירות מפוזרין' שבמשנה, והדין בהם הוא 'הרי אלו שלוי'. לא יתכן לטעון שהרי"ף סבר שמקרים אלה כלולים בדין 'ספק הינוח', כיון שהיה צריך לציין סייג זה כאשר הביא את דין מכנשתא דבי דרי.

לא נראה גם לומר שהרי"ף לא גרס את ספיקות רבי ירמיה, כיון שכפי שנראה להלן, ברמב"ם רואים שכן גרס ספיקות אלה. לאור זאת, נראה שפסק הרי"ף מבוסס על כך שספק אבידה - מותרת. הבנה זו מתאימה לדברי רבנו חננאל להלן בסוגיית אבידה במקום שהרבים מצויים, שהסתפקה הגמרא אם מותרת למוצא רק ברוב כנענים או גם ברוב ישראל, שכתב במסקנת הסוגיא: 'ולא איפשיטא, וקיימא לן תיקו דממונא לקולא'.

המקור של ר"ח לכלל זה הוא, ככל הנראה, הכרעת הבהלי בספיקות בכמה מקומות בש"ס (כתובות עג, ב; גיטין סג, ב; בבא בתרא נו, ב; חולין קלד, א; נידה כה, א) להחמיר ביחס לאיסורים, ולהקל ביחס לדיני ממונות.

לעומת זאת, הרא"ש כתב (פ"ב סוף סי' ב): 'וכיון דלא איפשיטא - ספיקא דאורייתא לחומרא, וחייב להכריז<sup>6</sup>. כלומר, הרא"ש תופס את מצוות השבת אבידה כדין איסורי, וממילא בספק אם חלה עליו מצוות השבת אבידה דאוי - יש להחמיר. תפיסה זו מפורשת בלשון הרא"ש בהמשך הפרק (סוף סי' ח). שם כתב

<sup>5</sup> בתוספות התקשו ביחס שבין דין קב בארבע אמות לספיקות של חצי קב בשתי אמות וקב בשמונה אמות, והציעו שתי גישות ביחס לספיקות של רבי ירמיה. הגישה הראשונה שהציעו היא שספיקותיו מבוססים על גישה פסיכולוגית, שגם כאשר נשמר היחס בין הרווח למאמץ, יש הבדל בתפיסה של אנשים כאשר המאמץ הוא קטן או כאשר הרווח גדול. הגישה השנייה שהציעו היא שבמקרים של רבי ירמיה באמת השתנה היחס בין הרווח לטורח, ובכל זאת אדם עשוי שלא לטרוח עבור רווח קטן, למרות שהטורח קטן עוד יותר, ועשוי כן לטרוח עבור רווח גדול, למרות שהטורח גדל עוד יותר.

לכאורה, תירוצי התוספות מבוססים על סברות מנוגדות. מלבד זאת, התירוץ הראשון מחדש סברא פסיכולוגית שאין לה רמוז בסוגיא, ואילו התירוץ השני מחייב לטעון ששאלת רבי ירמיה מבוססת על הכרעה שכאשר נשמר היחס בפחות מקב - הרי אלו שלו, וכאשר נשמר היחס ביותר מקב - אינו יכול לקחת לעצמו.

<sup>6</sup> בהגהות אשר"י כתב בשם ארי"ז: 'לא יטול, ואם נטל לא יחזיר, ויהא מונח עד שיבוא אליהו'. יתכן שההבדל בין הרא"ש לארי"ז נובע מהבנה שונה בשאלה אם למעשה יש סימן שיכול לגלות מי הבעלים של פירות אלה, כגון המקום, או אפילו ניתן לברר בעדים מי אסף את גורנו למקום זה. אולם, יתכן גם שהארי"ז סובר שלאחר שנטל, נעשה מוחזק, והבעלים הראשון אינו יכול להוציא מידו ללא ראייה שלא הפקיר את פירותיו, ולכן יהא מונח.

הרא"ש בדין בעיות רבי ירמיה במטבעות שנמצאו: 'ולא איפשיטא ואזלין לחומרא, דאיסורא<sup>7</sup> הוא - ומכריז'.

### שיטת הרמב"ם

הרמב"ם פסק בפרק טו בסוף הלכה יב, העוסקת בפירות מפוזרים במקום הגרנות:

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

פסק הרמב"ם שונה מן ההבנה הפשוטה ברבנו חננאל, שאם ספק ממונא לקולא, הרי יכול לקחת את הפירות לעצמו. אולם, הוא גם שונה מהאוי"ז, שכתב שאם נטל 'יהא מונח עד שיבוא אליהו'. לעומת זאת, הרמב"ם כותב שלכתחילה לא יטול, אך אם נטל - אינו חייב להכריז.

יתכן שהרמב"ם סבר שספק ממונא לקולא דווקא למוחזק, וכל עוד לא נטל את האבידה עדיין אינו מוחזק בה, ולכן יש להתייחס אליה כספק הינוח.

הגר"א ציין על דברי הרמב"ם, שהובאו בשו"ע (סי' רס ס"ק כד), שדעתו היא כך לא רק בדין זה, שעלה בתיקו בגמרא, אלא בכל 'ספק ממונא'.

אכן, דין זה בא לידי ביטוי ברמב"ם בדיני השבת אבידה גם בדין ספק הינוח, שאמר רב בגמרא להלן (כה, ב): 'כל ספק הינוח - לא יטול, ואם נטל - לא יחזיר'. ופסק הרמב"ם בפרק טו בסוף הלכה א:

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.**

הראב"ד השיג על דברי הרמב"ם הללו, וכתב: 'דבר זה אינו מחוור אצלי, שיזכה בו לעצמו לעולם, אלא יעמוד בידו עד שיבוא אליהו'. המ"מ הסכים עם הראב"ד, וכתב שם שכן דעת הרמב"ן והרשב"א ורבנו יהונתן. כאמור, כך כתב גם האוי"ז בספיקות רבי ירמיה.

הגר"א תולה את מחלוקת הרמב"ם עם הראב"ד, הרמב"ן והמ"מ, במחלוקת הר"ן והרשב"א בנדריים (ז, א ר"ן ד"ה 'ולענן הלכה'), בעניין ידות צדקה ופאה, שהרמב"ן והרשב"א כתבו שיש ללכת לחומרא, כמו בידות קידושין, שהוא ספק

<sup>7</sup> יש לדון לאיזו מצווה בדיוק מתכוין הרא"ש במילה 'איסורא' - מצוות עשה של השבת אבידה, איסור לא תוכל להתעלם או איסור גזל. ויש לדון לגבי כל אחת משלוש מצוות אלה אם קיימת במקרה זה: איסור גזל - נחלקו האחרונים אם קיים בספק ממון. מצוות השבת אבידה - יש לדון אם קיימת באבידה שאינה דומה לישמלה. איסור לא תוכל להתעלם - לכאורה, תלוי במצוות ההשבה, ויש מי שכתב (רעק"א בחידושיו) שאבידה שאין בידו להשיב אין איסור להתעלם ממנה (בשו"ע הרב כתב שכן חייב ליטול גם אבידה שאין בה סימן אם מצאה בוודאי קודם ייאוש. ועוד צ"ע בזה)

איסורא, אך הר"ן טען הוא ספק ממונא, והרי קי"ל בחולין (קלד, א) ובמקומות נוספים ש'ספק ממון לקולא'.

### ספק ייאוש שלא מדעת

המגיד משנה (יד, ה) הוסיף על דברי הראב"ד, הרמב"ן והרשב"א,<sup>8</sup> שיש להחמיר גם בספק ייאוש שלא מדעת, שהרי נראה לכל אורך סוגיית ייאוש שלא מדעת, שכל עוד לא ברור שהאדם ידע מאבידתו, האבידה אסורה מספק. לכן נדרשו לתרץ לשיטת אב"י את כל המקרים שבמשנה, ולהסביר מדוע יש לתלות שהמאבד ידע כבר מאבידתו בשעת המציאה. כלומר, מוכח לאורך הסוגיא, שדין 'הרי אלו שלו', שמתיר לאדם לקחת מציאה לעצמו לכתחילה - מתקיים רק כאשר יש וודאות שהיה כבר ייאוש בעלים.

לעומת זאת, כאשר הגיעה המציאה ליד המוצא קודם ייאוש, נאמר בגמרא (כא, ב) במפורש, שאין קונים אבידה שיש בה סימנים בייאוש: 'אע"ג דשמעיניה דמייאש לבסוף, לא הוי יאוש, דכי אתא לידיה באיסורא הוא דאתא לידיה'. כן כתב הרמב"ן בפירוש בחידושיו (כה, ב ד"ה 'ובירושלמי') גם בדין מי שנטל כלי מונח, שאף אם חזרו הבעלים, וגילו שהכלי ניטל ממקומו, וממילא התייאשו: 'איהו לא קני בהאי יאוש, דבאיסורא אתא לידיה'.

האם גם באדם שנטל אבידה שאין בה סימן קודם שהתייאשו הבעלים, נאמר שכיון שהגיעה לידו בשעת איסור, אינו יכול לזכות בה גם לאחר ייאוש?

כך משמע בתוספות (כב, ב ד"ה 'איסורא דומיא דהיתרא'): 'אין להתיר אלא דמיאש קודם דאתא לידיה, דשריא רחמנא'.

אמנם, יתכן לטעון שאין להתיר ליטול, אך אם נטל - לאחר שיתיאשו הבעלים כבר אינו חייב להחזיר.

בכל אופן, גם אם נאמר שקודם ייאוש ישנו חיוב השבה, והוא אינו פוקע, עדיין יש להסתפק, לשיטת הרמב"ם שכתב (טו, א) שאם נטל ספק הינוח שאין בו סימן - הרי אלו שלו. האם באותו אופן נאמר שגם בספק ייאוש שלא מדעת אינו חייב להחזיר?

הרמב"ם כתב בפרק ו הלכה א, שכאשר אדם מסופק אם הבעלים התייאשו מקורות שנשטפו בנהר - חייב להחזיר. כלומר, ספק יאוש - חייב להחזיר. כן כתב שם גם בהלכה ב לגבי המציל מן הגיס ומן הנהר ומן הארי וכדו', שאם אינו יודע אם הבעלים התייאשו - חייב להחזיר.

ובכל אופן, יתכן שיש מקום לומר שלא כדברי המ"מ, ולחלק בין ספק ייאוש לספק ייאוש שלא מדעת, ולטעון שכאשר הייאוש העתידי הוא וודאי, לא חלה מצוות השבת אבידה.

<sup>8</sup> לדעתי, למרות שהם מתייחסים לספק השבת אבידה כספק איסורא, יתכן שבספק ייאוש שלא מדעת, אם נאמר שאין מצוות השבת אבידה בכל מקרה, והמגבלה היא רק בקניין, כן יסברו שתפיסת המוצא מועילה.

לכאורה, כך היה ראוי ללמוד מהמשנה לקמן (כו, א) שלומדת שצריך להשיב דווקא אבידה שדומה לשמלה, שיש לה סימנים, ויש לה תובעים. יתכן שכך סבר רבא, ולכן למד מהשמלה, שאבידה שעתידיים להתייאש ממנה- הרי היא כמי שכבר נתייאשו ממנה, ואף אביי לא חלק עליו אלא לעניין החלת דין הייאוש, אך גם הוא יכול להודות שאין בה מצוות השבת אבידה.

אולם, התוספות (כו, א ד"ה 'מה שמלה') הסבירו שלומדים מהשמלה שאינו חייב להשיב רק לאחר ייאוש, וגם הרמב"ם (יד, א) דקדק בלשונו וכתב שלמדו משם שידבר שאין לו תובעין, אלא נתייאשו ממנו הבעלים, הרי הוא של מוצאו, אף על פי שיש בו סימנים, ולא הזכיר פטור מהשבת אבידה שאין בה סימן.

### מדוע ספק ממונא לקולא?

בספר 'שערי יושר' הביא את שאלת האחרונים, מדוע אנו הולכים בספק ממון - לקולא, ואילו בספק איסור - לחומרא? הרי גם בממונות קיים חשש של איסור גזל!

והזכיר שם את תירוץ הר"י באסאן, שלא ניתן להחמיר, כיון ששני הצדדים נמצאים בחשש גזל, אך דחו את דבריו משום שאינם מועילים למקרה שאחד הצדדים טוען ברי, ולכן אינו חושש לאיסור גזל.

וה'יתומים' כתב שגדר איסור גזל שבתורה אינו אלא בוודאי גזל ולא בספק גזל, שאז נאמרה הלכה שהמוציא מחברו עליו הראיה.

רש"ש לא קיבל תירוץ זה, משום שלא מצאנו מקור בתורה לדין ספק גזל, ודין המוציא מחברו עליו הראיה אינו גזירת הכתוב, אלא סברא 'דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא', וכן מצאנו חיוב לצאת ידי שמים גם בספק גזל במקום שהתובע טוען ברי (בבלי ב"ק קיח, א).

רש"ש כן מקבל את דבריו של קונטרס הספיקות, שהסביר שלא אסרה התורה את הגזל אלא ביחס למה שהוא של חברו מצד הדין, וכאשר הדבר הוא שלו מצד הדין - אינו צריך לחשוש לאיסור גזל.

קונטרס הספיקות כתב שדבריו דומים לדברי ה'יתומים'.

ר' שמעון שקופ טוען שעיקרון זה אינו מבוסס על כך שהתורה לא אסרה ספק גזל, אלא על כך שדיני הממונות שבתורה אינם יוצרים את הגדרות הבעלות והחיובים שבין אדם לחברו, אלא מבוססים על כך שקיימים משפטים יסודיים שמגדירים את הבעלות קודמת ואת החיובים שבין אדם לחברו, ואז התורה מצווה עלינו לשלם או להשיב.

כלומר, ספק גזל אכן אסור, משום שהוא ספק דאורייתא, אך במקום שבו ישנו ספק משפטי, ולכן מועילה תפיסה של התובע, אין בכך חשש איסור, כיון שהמשפט הוא שמותר לו לתפוס.

אולם, דבריו אינם מובנים לי לגמרי, כיון שלא מוכח בשום מקום שמותר לאדם לתפוס כאשר יש לו ספק כלשהוא בזכותו, ויתכן שאכן יש בכך חשש איסור גזל לגביו, אלא שמבחינת בית הדין, בפועל, תפיסתו מועילה, כיון שאין להם סיבה להוציא ממנו, אף אם כלפי שמיא גליא שעבר על איסור גזל.



### הצעת הסבר חלופי: ספק ממונא - קולא למוחזק בלבד

עיון בכל המקורות בתלמוד שבהם נאמר 'ספק ממונא לקולא' מעלה שבדרך כלל מדובר בקולא למוחזק, אשר יכול להמשיך להחזיק במה שבידו, למרות הספק מכח דין 'המוציא מחברו עליו הראיה'.

עיון בדברי רש"י ביחס לכל המקורות שהזכרנו, מראה שגם הוא טרח תמיד להסביר שהספק ממון הוא לקולא ביחס למוחזק, ואם כן, אין הבדל מהותי בין ספק ממון לספק איסור, שהרי גם בספק איסור הולכים אחר חזקות שרלוונטיות באיסורים גם להקל, אלא שבספק ממון במקום שישנו מוחזק תמיד קיים עבורו הצד של הקולא.<sup>9</sup>

כפי שכתב ר"ש בעצמו, במקום שהוא נגד החזקה, כגון לגזול אדם שהוא ספק ישראל ספק נכרי, למ"ד גזל הגוי מותר, לא נתיר לאדם ספק ממון.

בסוגיית הבבלי בפרק 'חזקת הבתים' (ב"ב נו, א) בדין המעמיד בהמתו בחצר השותפים, בשאלה אם יש לו חזקה בכך, שיש לו רשות, כתב הרשב"ם, שלמרות שיש ספק אם אדם מקפיד על העמדת בהמה בחצירו, ואם כן יש בכך איסור גזל, כשם שקי"ל 'שואל שלא מדעת - גזלן'. כיון שיש ספק אם השותף מקפיד, מותר לאדם להעמיד בהמתו בחצר. ולכאורה, צ"ע. ועיי"ש ב'שערי יושר' שהאריך בהסבר דברי הרשב"ם בסוגיא לפי שיטתו.

ויתכן לומר שהרשב"ם לא בא לטעון שספק שואל שלא מדעת מותר, משום שספק ממונא לקולא, שהרי יש בכך ספק גזל. כמו כן, אם אדם מבחוץ היה בא להעמיד בהמתו בחצרו של אדם, ואינו יודע אם הוא מקפיד או לא, היינו אוסרים עליו להעמיד משום ספק גזל. במקרה הנדון בסוגיא בב"ב מדובר דווקא על שותף בחצר, שהוא מוחזק בחצר לא פחות מחבירו, וכיון שיש ספק אם חבירו מקפיד על שימוש זה בחצר, יכול ללכת לקולא ולהשתמש גם בהעמדת בהמתו על סמך חזקתו בחצר.

ר' שמעון שקופ טוען שקשה על דין ספק ממונא לקולא מדין ספק ייאוש שלא מדעת, שמשמע לאורך הסוגיא שהוא אסור, כפי שכתב המ"מ.

<sup>9</sup> בקונטרס הספיקות (א, ו) הביא תירוץ כעין זה בשם 'חכמי דורנו': 'שהקושיא מעיקרא ליתא, משום דבספק איסורא נמי אזלינן בתר חזקה הן לאסור הן להתיר, והכי נמי איכא חזקה להיתרא, והיא חזקת ממון או חזקה קמייתא'.

קונה"ס אינו מקבל תירוץ זה, משום שלדעתו לא יתכן שתפיסה ללא חזקת מרא קמא (כפי שיש למשל במקרה של אבידה) תועיל, ולכן תירוץ זה אינו מספיק להסביר את הדין שממנו הגיע שם לשאלת המהר"י באסאן: 'מדוע נהגו לסמוך על טענת 'קים ליי' לטובת המוחזק בממונות, למרות שיש כלפיו חשש איסור גזל?'

אולם, אנו לא באנו להצדיק כאן את טענת 'קים ליי', אלא רק להסביר את כל המקרים בש"ס שבהם הכריע הגמרא על יסוד הכלל 'ספק ממונא לקולא', ובכולם אין מדובר על מי שתפס ממוחזק אחר, אלא במי שהיה מוחזק מלכתחילה, או שתפס במקום שהשני כבר לא היה מוחזק בחפץ (כגון באבידה).

בפניי הציע שגם שם האיסור נובע מחזקה, שמעמידים את המאבד על חזקתו שלא התיימש.

ר' שמעון לא קיבל תירוץ זה, אלא כתב שהאיסור בספק ייאוש שלא מדעת הוא בגלל שלמאבד יש חזקת מרא קמא, וגם על הצד שהתיימש אין זה מרצונו, שלא כמו בספק בפרק 'חזקת הבתים', שיתכן שהשותף אינו מקפיד על העמדת בהמות בחצרו, וממילא הפקיר את רשותו לעניין זה מרצונו, כפי שכתב שם הרשב"ם, מה שאין כן ביחס למאבד, ולכן ביחס למוצא הוא ספק הוצאת ממון מן הבעלים, והוא אסור.

תירוץ זה מתאים גם להסבר שהצענו, שלא אומרים ספק ממונא לקולא בכל מקרה שהוא נגד מוחזק. אולם, לדברינו אין צורך להידחק לחילוק בין ספק הפקר מרצונו, לספק ייאוש שאינו מרצונו, אלא ניתן להישאר בטענה שהדין בב"ב תלוי בכך שמדובר בשותף, ולכן אינו נחשב מוציא מרשות בעלים.

אמנם, עדיין יש מקום לומר לשיטת הרמב"ם, שהאיסור אינו אלא קודם שבא ליד המוצא, אך לאחר שבא לידו - מועילה תפיסתו, כשם שהיא מועילה בספק הינוח.