

עלון המשפט



ביה"ד "נתיבות חיים" שע"י מוסדות מענה שמחה י-ם בנשיאות הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א פנים מאירות 1 י-ם טל: 02-5023637

גליון חודש תמוז ה'תשע"ה | 75

תוכן העניינים:

א | השבת אבידה חלק ה' - איזו אבידה חייבים להרים - ב

ב | פירוק שותפות בגוד או איגוד

בית דין לענייני ממונות "נתיבות חיים"

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

ניתן לקבוע תור לדיונים בביה"ד "נתיבות חיים"

בפל': 052-7642-346

(בין השעות 8:00-6:30 בערב)

הדיונים נערכים בשפות עברית, אנגלית ואידיש. ההרכבים בבית הדין הם בראשות הדיינים דלהלן:

יום א'

הגאון הרב יצחק שובקס שליט"א /

הגאון הרב אברהם בוטרמן שליט"א

יום ב'

הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א

יום ג'

הגאון הרב יוסף פליישמן שליט"א

(ניתן להזמין דיונים גם באנגלית)

יום ד'

הגאון הרב אברהם דברמדיקר שליט"א

יום ה'

הגאון הרב יעקב פרבשטיין שליט"א

תגובות והערות

תגובות לעלון ניתן לשלוח

לפקס 02-502-3655

או בדואר אלקטרוני

beisdin@neto.net.il

הרב יוסף פליישמן שליט"א

השבת אבידה חלק ה' - איזו אבידה חייבים להרים - ב

אבידה מדעת

1. חפץ שבעליו שמו אותו במצב לא שמור והם משאירים אותו כך ככוונה, אין המוצא חייב בהשבתו ואינו צריך לדאוג שיהיה שמור יותר, מכיון שהבעלים איבדו אותו מדעת¹, בין כשהחפץ אינו שמור כלל ובין כשאינו שמור כפי הצורך². ואפילו אם לקח כבר החפץ לידי מותר להחזירו למצבו הקודם³.

2. ובחפץ שאינו שמור כלל נחלקו הפוסקים, י"א שהוא כהפקר ומותר גם לקחתו לעצמו, ורבים פסקו שאין דינו כהפקר ואסור לקחתו לעצמו, והפטור הוא רק מחיוב השבה⁴. ולכן חפץ הנמצא ברחוב או בע"ח הנמצא בחצר פתוחה לרחוב וכדו', לכתחילה אין לקחתו לעצמו, אבל אם לקחו כבר בטענה שהוא הפקר, א"א לחייבו להחזירו לבעליו⁵. אכן לכו"ע אם יש לבעה"ב סיבה שבגינה

«המשך בעמוד הבא»

1. הרמב"ם (גו"א יא, יא) הביא מקור מהתורה לדין אבידה מדעת, וז"ל "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 שגא' אשר תאבד פרט למאבד לדעתו", וכתב ע"ז הב"ח (שו"ת צז, ובדומה לזה כתב בס' רסא) "נראה וודאי דהרמב"ם מצא דרשא זו בתוספת' או בירושלמי", ובאמת הוא במדרש תנאים לדברים (כב, ג). ובעלון 70 הערה 16 הבאנו שהגרמ"פ פסק שאופניים הנמצאים סמוך לבנין נכללים בדין זה.

2. נלמד מהגמ' (ב"ב פז, ב) שכתבה שחפץ שבעליו מסרו לקטן נחשב אבידה מדעת, וביאר בזה הנתיב"מ (רסא, א) "ביד הקטן חשיב כמשומר קצת כי הקטן חשיב קצת שומר... רק דקרי ליה אבידה מדעת לענין שהנוטל ממנו א"צ לשומרו יותר מהבעלים, דמה שחשיב אינו משומר לגמרי אינו מחויב בהשבה דאבידה מדעת היא, ומכ"ש כשהוא משומר במקצת".

3. נלמד מדין צלוחית ביד תינוק בב"ב (שם), שהגמ' שאלה למה המוכר חייב עליה כשהחזירה ליד התינוק, הא הוי אבידה מדעת מצד הקונה ששלחה בידו, ומבואר שגם אם המוכר לקח הצלוחית לידו - אם החזירה ליד התינוק פטור, מכיון שגם הבעה"ב נתנה ביד התינוק. וכבר הארכנו בזה בגליון 71 דין 4 ובהערות שם. אמנם זה שהוא פטור בהחזיר החפץ למצבו הקודם היינו דווקא אותו החפץ שבעליו נתנוהו במצב זה, והוא פטור מכיון שבלקחתו לא נעשה שומר על החפץ עבור הבעלים, אבל אם נעשה שומר על החפץ מאיזה טעם או בחפץ אחר שמחזיר תמורת החפץ הראשון, אסור להחזיר החפץ למצב הבלתי שמור, וכגון אם הבעלים שלח לו חפץ לקנייה ע"י קטן, אסור לו להחזיר את התשלום ביד הקטן, וכמבואר בסוגיא הנ"ל שהגמ' חייבה את החנווני על זה שנתן לתינוק את האיסר (מטבע קטן) שהיה חייב לבעלים כעודף על הפונדיון (מטבע גדול) ששלח לו לקניית שמן, הגם שבעה"ב בעצמו שלח את הפונדיון על ידי התינוק.

ובדבר ששומר קצת ורק שאינו שמור כפי הצורך הדין כך כשלא העבירו ממקומו, או כשהעבירו ממקומו אבל אין חשש שהבעלים היה שם וחפששוהו, עיין עלון 71 דין 6.

4. בדין זה נחלקו הרמב"ם והטור, וז"ל הטור (סי' רסא) "אבידה מדעת היא ואין חייב ליטפל בה, וכתב 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". ושיטת הטור היא כהרא"ש שכתב (ב"ק ב, טז) "זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושבירו במקל פטור מאי טעמא מנא תבירא תבר... ורש"י פי' שזרקו בעל הכלי... ולא נהירא דמילתא דפשיטא היא דפטור המשבר דאבידה מדעת היא. ועוד היכי פשיט מהכא דבתר מעיקרא אזלינן אפילו אי אזלינן בתר סוף פטור דאבידה מדעת היא והוי כאילו הפקירוהו בעלים". וכן מדויק ברית"א (כה, ב ד"ה אשפה) שכתב באבידה שנמצאה מכוסה באשפה העשויה ליפנות "כל שמניחם שם אבידה מדעת היא, ולאו למימר שאבדו בידיהם והפקירו שאם כן למה כסוהו, אלא לומר דאיאוש מייאש מינה ולא מצא מקום להצניעו אמר אניחנו בכאן כל דהו", ומבואר מדבריו שבד"כ הבעלים מפקירים אבידה מדעת, ורק במקרה זה שהבעלים הניחו שם מחוסר ברירה אין להבין ממעשיו שרצה להפקירו, והא ראייה שכיסהו. (אולם האבנ"מ ל, יב) מוכיח מהרית"ב א (קיד). שסובר כרמב"ם.

ובדעת הרמב"ם שחולק פי' הב"י "שבשבייל שאינו חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שהפקירה". הגר"ט (קנב) מבאר בדעת הטור שגם לדעתו אין אומרים שבזה שאינו משגיח על נכסיו הוא מפקירם, אלא שהטור סובר שכיון שהחפץ אבוד והתורה לא חייבה להשיב חפץ שבעליו בעצמו אינו דואג לשמירתו, לכן מצד דיני אבידה המוצא יכול לקחתו לעצמו, שהנה הגר"ט מחדש בדעת הטור שלולא הפסוק של השב תשיבם המוצא היה יכול לזכות בכל אבידה, ורק בפסוק "השב תשיבם" חידשה התורה שא"א לזכות בחפץ האבוד, ולפי"ז אבידה מדעת שאינה בכלל מצות השב תשיבם אין בה חידוש התורה שא"א לזכות בה, וממילא כתב הטור שיכול לקחתה ככל חפץ של הפקר, אבל במשפט אבידה כבר העיר שדבריו הם שלא כהגר"א (ס"ק ט) שביאר הטעם לדעת הטור שהפקר חל גם בלי עדים, ולפי דברי הגר"ט הטור סבר שמי שמניח חפצו מדעתו באופן בלתי שמור הרי הוא הפקר ממילא בגלל שאין חיוב השבה, וכן להעיר שלפי הבנת הגר"ט נדחה הוכחת הב"ח (ס"ס רסא) שדעת הרמב"ם היא העיקר, שוב מצאתי שכ"כ בטבעת החושן (רסא, ד"ה ואפשר שבב"ח).

5. האחרונים נחלקו איך להכריע בדין זה, המחבר הביא רק את הרמב"ם והרמ"א הביא את הטור. הב"ח בפירושו לטור (רעג, ד) מכריע כהרמב"ם שאינו הפקר, וכתב שרק אם מחשבתו ניקרת מתוך מעשיו שרצונו להפקיר אז הוא הפקר אפילו להרמב"ם, אבל בתשובה (א, צז) חשש לדעת הטור (דעת הטור נוגעת לחומרא בנידונו שם), ונראה

השאיר את החפץ ללא שמירה אין דינו כהפקר.⁶

3. וכל זה כשברור שהבעלים השאירו החפץ כשאינו שמור, אבל אם יש צד שמצב החפץ השתנה לרעה שלא מדעת הבעלים, נחשב החפץ לאבידה רגילה.⁷

4. אם הבעלים איבד החפץ מדעת עקב מצב נפשי קשה כמו מתוצאה של עצב או כעס חריג וכדו', גם אם הוא לא בגדר שוטה, חייב הרואה לדאוג שהחפץ ישתמר,⁸ ואסור להחזיר החפץ לבעליו כל זמן שמצבו לא השתפר, ואם החזירו ובעליו איבדו המחזיר חייב לשלם.⁹

אבידה שאינה חשובה לבעליה

5. מצא חפץ שאינו חשוב ורוב אנשי המקום לא יבואו לקחתו,¹⁰ אם מצאו אחרי שהבעלים יודעים מהאבידה יכול לקחתו לעצמו,¹¹ ואם

שמ"מ אין מוכרע אצלו כ"כ כהרמב"ם. הש"ך הכריע כהטור ובקצוה"ח דחה דבריו. הנתיחה"מ מכריע שאבידה מדעת אכן אינה הפקר, אבל לפעמים הבעלים מתייאשים גם כשיש בה סימן ואז מותר לקחתה מטעם ייאוש, ואין בה באיסורא אתי לדיה דלכו"ע אין חיוב השבה. גם הנח"ד (ב"ק כ, ב ד"ה שם תד"ה אפקוריה) הכריע כהרמב"ם. והספר יהושע (קכג) פסק שהוא ספיקא דדינא.

6. האחרונים כתבו, שאפילו לדעת הרא"ש והטור, אם יש סיבה שבגינה איבדו הבעלים את החפץ מדעתם אינו הפקר. כי הנה המחנה אפרים (זכיה מהפקר ו) הסתפק בדן "מי שזקק כלי לשברו מתוך כעסו, וקדם אחר והצילו וטוען כבר זכיתי אני מן ההפקר, וזה טוען אני לא הפקרתי אותו אלא הייתי רוצה לשברו להניח דעתי", ואחרי שהביא המח' הנ"ל באבידה מדעת פסק "לענין נדון דידן נראה דכ"ע יודו דלא הוי הפקר כיון שהשליכו מתוך כעסו ולא השיב אבידה מדעת... וכ"ש שיכול לומר אני לא הפקרתי אותם אלא רצוני היה להניח כעסי", והיינו שאפ"ל שדינו כאבידה מדעת אבל מ"מ אינו הפקר, כי הייתה לו סיבה לאיבודו. בדרך המתח"א הלך גם הבית הלוי (א, כד ד"ה והנראה ליישב) והוא מחדש יותר שלא רק מחמת כעסו אלא "אפי" אם משליך דבר לאיבוד רק אם יש לו איזה רצון ותכלית באיבודו לא נעשה הפקר וקודם שנעשה ונגמר רצונו הם שלו עדיין", וא"כ כל מקום שיש לבעליו איזו סיבה לשים את האבידה במצב בלתי שמור, אין לה דין אבידה מדעת, ויש להוכיח כן גם מהריטב"א הנ"ל. (הע' 4)

7. כן מוכח מהרמב"ם הנ"ל, שהנה הרמב"ם פסק שאם בעה"ב השאיר בהמתו ברפת שאין לה דלת שאין המוצא חייב להחזירה, והקשה החוות יאיר (סוף תשו' ז) שהרמב"ם סתר עצמו בהא, שכתב (ג"ר טו, ה) "היתה ברפת שאינה משמרת ואינה מאבדת לא יגע בה שאין זו אבידה", ומשמע מזה (וכן הוא בגמ' (לב, א)) שברפת המאבדת חייב להחזירה [פי' רפת מאבדת שהיא פתוחה מדר' רוחות, טור]. ומתוך החו"י "התיורון האמיתי לע"ד, דודאי בשראינו שהבעלים הניחוה ברפת בזה ה"ל דין אבידה מדעת, משא"כ כשמצאה שם והרפת אינו שלו כלל, ואת"ל שהוא שלו דלמא הוא קשרה והותרה או הניחה ברפת המשתמר או היתה רועה באפר וברחה ונכנסה לשם", וכ"כ הגר"א (ח, והאגב האזל (יא, יא ד"ה והנה במש"כ). הרמ"א (רסא, ד) מביא דעה שבהמה שנמצאת ברפת, אפילו אם אין לה דלת, אינה נקראת אבידה מדעת, ובסוגריים כתוב שהיא דעת הטור, והקשה האבן האזל (ג"ר יא, יב) שלפי הביאור של החו"י אולי הטור מסכים לרמב"ם. ומ"מ משמעות הגר"א (ס"ק ח) היא כהרמב"ם כפי החו"י.

8. נלמד מהגמ' (סנהדרין מח, א) "היו אביו ואמו מזדקין בו כלים מצוה על האחרים להצילן" וביאר רש"י שהמצוה היא "דאין השבת אבידה גדול מזה", וכתב הרמב"ם (אבל יד, כג) "היו אביו ואמו מזדקין כלים בחמתן על המת, מצוה על אחרים להצילן", וביאר היד רמ"ה (שם, מח, ב) "ולכא הכא משום אבידה מדעת דאגב מריייהו קא עבד", והדין נפסק בשו"ע (יו"ד שמש"ג, ו) וכתב שם הש"ך (ס"ק ד) שהטעם הוא משום "דוודאי יתחרטו בעליו אח"כ", והיינו שמעשיהם לא נעשו בגמירות הדעת והראיה שאינם שוטים ורק עכשיו עושים מעשה שטות (א' מסימני שוטה הוא המאבד מה שנותנים לו, כמבואר בחגיגה (ד, א)), וכן פסק המחנ"א שהבאנו בהערה 6 "דכ"ע יודו דלא הוי הפקר כיון שהשליכו מתוך כעסו". אמנם, הנתיחה"מ (רסא, א) הבין שהטעם שצריך להחזיר הוא לא מצד השבת אבידה אלא משום בל תשחית, אכן דבריו צ"ע, כי הנה הרמ"א פסק עפ"י המרדכי (ב"ב תקסד) שאם החזירו לאבלים ואיבדו שהוא חייב, והטעם "כי מטו ליד שמצילין חייבין בשמירתן כדין שומר אבידה, ואם החזירו לאביו ולאמו וזרקום על המת ונאסרו קרוב בעיני דחייבים המצילין מכיון דמטו ליידיהו מחייבו בשמירתן וכיון שהחזירו לאביו ולאמו כאלו השליכו למקום גדולי חיות ולסטים" והנה לפי הנתיחה"מ הרי אינו שומר אבידה וא"א לחייבו מטעם זה, ואולי משום גרמי היה אפשר לחייבו, אך בוודאי לא התכוון לזה המרדכי, גם האבני חושן וטבעת החושן (רסא ד"ה וע"ע) חלקו על הנתיחה.

9. היות שאינה אבידה מדעת המציל נעשה שומר ואסור להחזירה למאבד כל זמן שמצבו לא השתנה, וכמו שפסק הרמ"א (שם) "אם הצילין חייב בשמירתן, ואם החזירן לאביו ולאמו וחזרו וזרקום ונאסרו חייב המחזיר לשלם".

10. מה שדי ברוב נלמד מהמבואר בגמ' (כתובות טו, ב) שאם מצא ילד בעיר שרובו עבד"ם אין צריך להחזיר לו אבידתו, וכן יש להוכיח כן ממש"כ בעלון 74 דין 10 שרוב

מצאו לפני שהבעלים יודעים מהאבידה, המוצא יוכל לזכות בו אחרי שניתן לשער¹² שהבעלים התוודעו כבר מהאבידה¹³, ואפילו אם לא מבורר אצלו שהבעלים אינם מחשיבים את האבידה, אם הכריז באופן שעפ"י המשוער הבעלים שמעו שמצא את האבידה ובכ"ז אינם טורחים לקחתו, יכול לקחת החפץ לעצמו.¹⁴

6. מצא חפץ שיש לו חשיבות, אע"פ שיש אפשרות לבעלים לחפשו ולמצאו ובכ"ז אינם מחפשים אחריו, חייב בהשבה, ולא אומרים שהסיבה שהבעלים אינו מחפשו הוא בגלל שאינו חפץ בו, כי יתכן שבכוונתו לחפש בזמן אחר או שאינו יודע אם ימצאוהו, וכן הדין אם אפשר לתלות שהבעלים אינם מחפשים מפני שאינו לפי כבודו, וכל כהאי גוונא חייב בהשבה.¹⁵

7. חפץ שנאבד באופן שאם לא יצילוהו מיד יתקשו מאד להחזירו אח"כ,¹⁶

«המשך בעמוד 6»

הפוסקים אם מצא אבידה שלפי הרוב י"ל שנפלה מגוי מותר לקחתו לעצמו, ובדומה לזה פסק הגר"מ פיינשטיין (תשו' י"ד בקונ' על השבת אבידה שנדפס בספר השבת אבידה כהלכה) לענין קביעת תקנה בישיבה איך לטפל באבידות, שדי במה שרוב הציבור מסכימים לתקנה כיון שהולכים אחר הרוב.

11. במשנה בתחילת אלו מציאות כתוב "אלו מציאות שלו מצא פירות מפוזרין" והגמ' מבארת שהטעם הוא משום ש"במכונשתא דבי דרי עסקינן, קב בארבע אמות דנפיש טרחייהו לא טרח איניש ולא הדר אתי ושקיל להו אפקוריה מפקר להו", ומבואר שהטעם שמותר לקחת הפירות המפוזרים לעצמו הוא מכיון שדין החפץ הוא כחפץ שהופקר, ולקמן בגמ' (ע"ב) הגדירו את הפירות "דאבידה מדעת היא". ושאלו המפרשים על הרמב"ם (ג"ר יא, יא) הסובר בעלמא שאבידה מדעת אינה הפקר, למה כאן המוצא יכול לקחת הפירות לעצמו, הרי הם אבידה מדעת ואינם הפקר? ויישב הדרישה (סוף ס' רסא) שכאן גם להרמב"ם האבידה היא הפקר בגלל ש"אמדין דעתיה דלא יבוא ללקטם מן הארץ מחמת טירחא ומעצמה לא תכנס התבואה לביתו ונמצא היא מופקרת ועומדת", וכ"כ הט"ז "דאנן סהדי דזה לא יטריח עצמו בשביל קב בד' אמות", וכ"כ הנתיחה"מ (א). נמצא שחז"ל שיערו שחפץ שבעליו יודעים שנמצא במקום שאינו שמור ובכל זאת הבעלים לא יטריח את עצמו לבוא לקחתו, ניתן לומר שבעליו הפקירו. והטור שחולק על הרמב"ם וסובר שכל אבידה מדעת היא הפקר וז"ל, כיון שלפי הטור כל חפץ שבעליו מזלזל בשמירתו יש לו דין של הפקר. והנה הנתיחה"מ מצמצם את דין המשנה רק למקרה שניכר שהבעלים אינם מתכוונים לחזור ולקחתו, וכך מבאר הנתיחה"מ את דין הרמב"ם שמי שמוצא כיס מלא מעות ברה"ר אינו יכול לזכות בו, שהטעם הוא בגלל שאין ניכר בחפץ שבעליו הניחוהו ברה"ר ולכן בעליו עדיין מצפים שהמוצא יחזירו לו, ולפי דבריו הרמב"ם מודה בדין שלנו. גם לפי הפשט של הגר"ש אויערבאך (בס"ס השבת אבידה כהלכה ס' ה) בסוגיא הנ"ל הדין יהיה כן לכ"ע, שהוא מחלק שהרמב"ם סובר שאבידה מדעת אינה הפקר רק במקרה שא' זרק חפץ חשוב, אבל במקרה של חפץ חשוב ומפקירים חפץ כזה וגם הוא השאירו במצב שאינו שמור גם לרמב"ם החפץ דינו כהפקר.

12. כגון חפץ שהבעלים רגילים להבחין שאבד (רסב, ו), או שניכר שעבר הרבה זמן מהאבידה (רסב, ה).

13. הצורך שהבעלים ידעו מהאבידה, הוא מכיון שזוכה מדין הפקר והפקר צריך דעת בעלים, ולכן גם אם בא לידו לפני יאוש עדיין יכול לזכות בו אח"כ כשידעו הבעלים, כי בהפקר אין חסרון של באיסורא אתי ליידיה וכמבואר בתוס' (ב"ק סו, א ד"ה כיון). ואפילו לפי הנתיחה"מ (שם) שכתב "נראה דאבידה מדעת שם אבידה עליו ובעיני יאוש" והוא מזכיר מכונשתא דבי דרי בין הדוגמאות ומשמע בדבריו שזוכה מדין אבידה מדעת ולא מדין הפקר, עדיין יוכל לזכות בו כשבעליו ידעו, כיון שגם באבידה מדעת אין דין באיסורא אתי ליידיה וכמש"כ הקצות (רסא, א) והמחנה אפרים (זכיה מן ההפקר ס' ו), שכיון שאין חיוב השבה באבידה מדעת אין גם דין באיסורא אתא ליידיה, ולכן מיד שבעליו ידעו מהאבידה יזכה בה המוצא.

14. לכאורה יש להקשות על דברנו ממש"כ בקונטרס תשו' הנ"ל של הגר"מ פיינשטיין (תשו' ב), שהנה הגר"מ פ"ש נשאל אם צריך להשיב אבידה ש"רוב אנשים אינם מחשיבים סכום זה לטרוח עליו", והשיב שצריך להשיב אבידה אפילו אם היא שווה רק חמש סנט, ולפי מה שהוכחנו לכאן הדין הוא שפטור להשיב בכה"ג? (ובספר השבת אבידה כהלכה (א, הערה טז) נשאר בצ"ע). אמנם נראה שהגרמ"פ לא התכוון לפסוק דלא כמש"כ בפנים, אלא שהשואל בשאלתו ערבב שני נושאים - הנושא של חיוב השבה בפחות משו"פ עם הנושא של יאוש בעלים, ששאל כך "מה השיעור הפרטה לזכות השבת אבידה אם רוב אנשים אינם מחשיבים סכום זה לטרוח עליו להכריז ולהשיב והוה כמפקירים אותו", ובאמת הם שני נושאים: פחות משו"פ פטור מגזה"כ אפילו אם הבעלים אינם מתייאשים כמבואר בגמ' (כז, א) "אשר תאבד פרט לאבידה שאין בה שו"פ", ואם הבעלים מתייאשים אין חיוב להשיב אפילו אם האבידה שווה הרבה, ומה שהשיב הגרמ"פ הוא, שהיות והיום המטבע הכי קטנה בארה"ב אין לה ערך בעצמה (כי אין לה שום כוח קניה), לכן המטבע השניה היא הפרטה של היום, אבל כ"ז נוגע רק לנידון אבידה שאינה שו"פ, ואינו קשור לנידון חפץ שבעליו אינם טורחים להחזירו אליהם.

15. הדוגמאות האלו מובאים בספר משפט האבידה (רנט, מ"ג, ב) בשם הגרישי"א.

«המשך בעמוד 6»

פירוק שותפות בגוד או איגוד

שאלה:

ראובן ושמעון גרים בבניין אחד, ויש ביניהם דו"ד על אודות מחסן משותף לשניהם. המדובר הוא בחלל שהיה בבנין והקבלן עשאו כמחסן לכלל דיירי הבנין שהם במהלך השנים השתמשו בו כמקום לחפצים ישנים, אלא שראובן שגר בצמוד למחסן רצה להגדיל את ביתו על חשבון המחסן וקנה משאר הדיירים את חלקם במחסן, כל דיירי הבניין מכרו לראובן את חלקם, חוץ משמעון. אחרי שראובן קנה את רוב השטח, הוא רוצה לקנות גם משמעון חלקו או לסגור את החלק ששייך לו ולהשאיר לשמעון את החלק שלו, אבל החלק היחסי שנשאר לשמעון הוא קטן מאד ואין בו כדי חלוקה. מנגד שמעון רוצה להשאיר בשותפות או לקנות את חלקו של ראובן. השאלות העומדות בפנינו הם: א. האם אפשר לכפות על שמעון חלוקה ממשית של השטח על אף שיישאר לו רק חלק קטן מאד או ששמעון יכול לומר שרוצה להישאר בשותפות כי א"א לו להשתמש בחלק שאר לו. ב. האם אפשר לכפות על השותפים חלוקת גוד או איגוד [כל' משוך אתה ותקנה או אני או מלשון קוץ אתה דמים או אני, ולהלן יבואר כיצד עושים]. ג. במידה ויחלקו בדרך גוד או איגוד, האם התובע יכול להציע מחיר מופקע, או שאפשר להציע רק מחיר שווה אמיתי. ד. אם הנתבע מוכן לשלם כפי הצעת התובע, האם יכול התובע לחזור בו מההצעה המקורית ולהעלות את המחיר.

תשובה:

- ♦ נראה כי ראובן אינו יכול לכפות על שמעון חלוקה ממשית של השטח כיוון שישאר לו חלק שאין בו שימוש.
- ♦ אולם ניתן לכפות חלוקה בדרך גוד או איגוד באופן שראובן המציע את המחיר יתן לשמעון את האפשרות לקנות במחיר שהוא מוכן לקנות ואם שמעון ירצה לקנות במחיר זה יש למכור לו.
- ♦ אך ראובן יכול לחזור בו מהרצון לחלוק בגא"א, אך לא יוכל להציע שוב מחיר גבוה יותר.

נימוקים

לכפות גא"א הוא מכיון שיכול לומר אינני יכול לסבול השותף, ומשמע שכאשר רוצה לפרק השותפות רק מטעמי רווח אינו יכול לכפות גא"א, וסיים וכתב ז"ל: ומ"מ נ"ל כל זה כשא' רוצה לחלוק או לעשות גוד ולהכריח חברו, אז צריכי' לטענה שלא יכול לסבול. אבל כששניהם רוצים להפרד זה מזה, אזי אפילו בלי סברא הנ"ל סבור הייתי לסבול, יכולים לטעון חלוקה או גוד ואיגוד. ולא נחלק אדם בזה מעולם. עכ"ל. ואכן בתשו' הרשב"א תתקי"ג מבואר הטעם שיכול לומר שאינו יכול לסבול. ועיין בפת"ח שהביא כמה אחרונים שדנו אם ניתן לומר קי"ל כדעה שאין גא"א בשותפין או לא. אולם כיום נהגו לעשות גא"א גם בשותפין, וכן כתב הערוך השולחן (סעי' י"ד) שנהגו לחלוק בגא"א גם בשותפין ולא סייג הדברים.

עוד הביא המהרש"ם (ח"א סי' ח') בשם העדות ליעקב ופרח מטה אהרן, שאם השותף מכר חלקו לאחר, שוב אפשר לומר גא"א לכו"ע, כיוון שהראשון יכול לומר התכוונתי להשתתף רק עם השותף הקודם ורק כלפיו איני יכול לעשות גא"א. ומכיון שלראשון יש זכות זו גם לשני יש זכות זו. וא"כ לכאור' אם הדיירים בבנין אינם הדיירים הראשונים ניתן שוב לכפות גא"א. אולם לכאור' בנידון דידן אין שייכת טענה זו, כיוון שאין משמעות לדיירים מי המשתמש ברכוש המשותף ובפרט במחסן וכדו', והדברים נכונים רק לגבי שותפים בחלק שגרים ביחד.

עוד יש מקום לומר, שכאן אין מקום כלל לטענת הר"י הלוי ונידון דנן דומה יותר ליורשים ומתנה שלכו"ע אמרינן בו גא"א כיוון שלא נשתתפו מדעתם, כיון שמדובר בחלל שנוצר מבחינה תיכנונית, והשותפות בו נכפתה על השותפים ולא השתתפו מעולם לשם כך אלא לעיקר הדיוורים ולגבי הדברים המשניים הרי הם כמקבלי מתנה שנעשו שותפים ממילא ולכן יכולים לחלוק חלקים אלו בע"כ ולא נאמר שע"ד כן נשתתפו שיהיו שותפים בו כל הזמן.

גוד או איגוד ברכוש משותף בבניין

מבואר ברמ"א (סעי' ח') שבחצרות שלפני הבתים לא אומרים גא"א, שמכיון שהוא דבר הנצרך לשותפים לשימוש משותף וזוהי צורת שימוש, לכן אין אחד מהם יכול לומר לחבירו או מכור או

האם התובע יכול להציע מחיר גבוה מאד

ככלל, ניתן למי שתובע גא"א להעלות במחיר ככל שירצה אך אינו יכול לפחות מהשווי הראלי של הנכס כ"פ הרבה מהראשוני. ואף שדעת ריצב"א שא"א להעלות יותר משווי פסק הרמ"א (סעיף ו') שניתן להעלות. ועי' מהרש"ם ח"א סי' ח שלא ניתן לומר קי"ל כריצב"א שא"א להעלות בדמים שא"א לומר קי"ל כדעות שלא הובאו בשו"ע דלא כמו שכתב הכנה"ג בשם זכור לאברהם.

ובפתי"ח ח"ז פרק ו' הערה סג הביא מהמאירי שכתב שרק כאשר המעלה אומר מחיר ששווה לו למכור בו או לקנות אבל אם אומר כן כי יודע שבכזה מחיר לא יקנה וחומד חלק חבירו אין אומרים גא"א וכן באופן שלתובע גא"א שווה יותר לקנות חלק חבירו לכן מרבה במחיר א"א גא"א. אולם מדברי תוס' (ב"ב יג, א ד"ה אית) שכתבו בשם ר"י שניתן להעלות בדמים יקרים והקשה ריצב"א שא"א יכול לאחד לסלק חבירו ע"י עילוי דמים. משמע שלר"י בכ"א יכול לסלק ע"י עילוי. גם הרמ"א והפוסקים לא חילקו בזה לכן נראה שבכ"א יכול לעשות גא"א גם באופן שהאחד שווה לו יותר וכנידון דידן. [נוסיף כי החזו"א ב"ב ס' ח' אות ד מוסיף כי במידה ואחד מציע מחיר גבוה בגא"א אף שהוא אינו מוכן לקנות במחיר זה רק שיוודע שחבירו מאד רוצה את המקום ולכן יסכים לקנות במחיר זה ואף אם לא יסכים אזי הוא יחזור בו אפשר שאסור לעשות כן והוא רמאות. ולכן בנידון דידן אסור לשמעון להציע מחיר גבוה מאד אף שהוא לא מעוניין בו כי יודע שראובן יסכים לשלם].

האם המציע מחיר בגא"א יכול לחזור בו מהצעתו והאם

יכול להציע מחיר גבוה יותר

בנידון דידן שני הצדדים מעונינים בסופו של יום בקניית המחסן, אלא שראובן רוצה אותו כבר כעת ולשמעון לא נחוץ הדבר כעת. ולכן רוצה ראובן להכריח את שמעון לעשות גא"א כעת. כבר אמרנו שבגוד או איגוד התובע את הגא"א מציע הצעת מחיר משלו, ובה הוא קודם כל מציע לשני לקנות את חלקו, ואם אינו רוצה אזי הוא מתחייב לקנות את חלק חבירו באותם תנאים. וא"כ התובע גא"א רוצה את הדבר נמצא בבעיה, מצד אחד הוא רוצה ומוכן להעלות במחיר ומאידך הוא חייב להציע לשני לקנות ולכן אינו יודע כמה כדי לו לעלות במחיר.

ויש לעיין במקרה שהתובע הציע מחיר בגא"א והשותף רוצה לקנות במחיר זה, האם יכול התובע לחזור בו מההצעה ולהציע מחיר גבוה יותר, ואין לומר שא"כ אין זה גא"א מכיון שאינו מתכוון באמת להציע לשני לקנות במחיר זה - שהרי הוא יכול להעלותו, שזה אינו, שגם אם מותר לו לחזור ולהעלות המחיר ניתן לומר שעדיין נשאר הכלל של גא"א, שסוכ"ס במחיר הסופי שיהיה מוכן לשלם יהיה חייב לתת אופציה קודמת לחבירו. [לפ"ז הדבר דומה למכירה פומבית שכן יכול להציע מחיר נמוך ולהעלות אם יהיה צורך ממילא ימכר בסופו של דבר מעלה במחיר].

אולם למעשה כבר כתב הרמ"ה (ב"ב פ"א סי' קעג ד"ה כללא דמילתא) בענין זה, שאף שהצעת גא"א אינה מחייבת כל זמן שלא עשו קנין, וגם התובע יכול לחזור בו מההצעה ולומר שאינו רוצה לחלוק אלא להשאר בשותפות, וכן הנתבע יכול לחזור בו מהסכמתו לקנות ולומר שאינו רוצה לקנות וחבירו יקנה [ולכן רצוי לעשות קנין מיד אחר הצעת גא"א על מה שהוסכם בגא"א כדי שלא יוכלו לחזור בהם], אבל מ"מ הוסיף הרמ"ה שיכול לחזור בו רק מעצם הרצון לחלוק אבל לא יוכל שוב לדרוש חלוקה במחיר אחר. וז"ל: מיהו תובע מצי למהדר ביה מדינא דגוד או

תקנה, שיכול לומר לו אני איני יכול לקנות אך אני צריך להשתמש עם חלק זה וכך הייתה צורת השותפות, ולפי"ז גם בנידון דנן לכאור' לא יוכל לכפות עליו גא"א, אכן מבואר שם שכל זה רק בד' אמות שלפני הבתים ובמקום הכניסה והיציאה בלבד ולא בכל החצר, וכן לא בחצר שאחורי הבתים שעשויה לשימוש סתמי של דיירי הבתים, וכן מבואר בשו"ע (סעי' יז).

אמנם מדברי הרא"ש (סי' נ) והרמב"ן משמע שכל חצר שלפני הבתים אין אומרים בהם גא"א, אבל הרשב"א (בתשו' ח"ג סי' קסח) כתב להדיא וז"ל: שלא נאמר דין גוד או אגוד בארבע אמות של פירוק משא ולא במה שצריכים ליציאה וביאה, לפי שאם אין יציאה וביאה יצטרך לפרוח באויר ונמצא שהפסיד את ביתו, וכן אם אין מקום לפרוק שם משאו אינו בית שכל בית צריך למקום פנוי לפרוק שם משאו, ולא נאמר אותו דין אלא במה שנשאר מן החצר מלבד מקום פירוק משא והוא מקום חצר העשוי לישב וליהנות בו לרוח היום או לשאר צרכים מלבד פירוק המשא. עכ"ל. והשו"ע והרמ"א הביאו דברי הרשב"א ללא חולק, ואף שתמוה מדוע השמיטו דעת הרא"ש והרמב"ן, מ"מ כך הכריעו להלכה.

הדרן לדידן, שהמדובר הוא ב'נישה' שנמצאת חצי קומה מתחת הכניסה לבנין - מה שעושה את השימוש השוטף בה ללא נח, וא"כ אין בחלוקתה בצורה כזו או אחרת פגיעה בבתיים עצמם שנשארים כ"א בפני עצמו ולא בכניסה והיציאה, ונראה כי דומה היא יותר לחצר שאחרי הבתים שכו"ע מודים כי ניתן לדרוש בה חלוקה, ולכן נראה ששייך לדרוש בזה חלוקה, ומכיון שלא שייך לחלק את המקום עצמו כי חלק שמעון אין בו כדי שימוש סביר לצרכים של המקום, לכן נראה כי ניתן לצד מהצדדים לדרוש חלוקה בצורת גא"א.

כללי גוד או איגוד הנוגעים לנדון דידן

גוד או איגוד כשאין החלקים שווים

אלא שעדיין יש לדון אם אפשר לכפות גא"א במקום שאין החלקים שווים [כמו בנידון דידן], שכן בכה"ג בעל החלק הגדול שווה לו להעלות את המחיר יותר מהשני, שהרי הוא נדרש לשלם את המחיר הגבוה רק על חלק קטן, משא"כ בעל החלק הקטן שיצטרך לשלם את המחיר הגבוה עבור חלק גדול וא"כ יכול בעל החלק הגדול לנשל את בעל החלק הקטן ואין לו הזדמנות שווה להשאר עם הדבר המשותף ויאלץ לצאת ממנו. והנה מהגמ' מוכח שגם באין החלקים שווים יש דין גא"א, שהרי הגמ' אומרת שחולקים בגא"א גם בבכור ופשוט שיש לבכור פי שנים מהשני. אולם העומד לנגדנו הם דברי הלבוש בעיר שושן (סעי' ח') שכתב שאין אומרים גא"א באופן זה, וכבר צווחו ע"ד מסוגית הגמ' [גם מהרמ"ה שיובא בסוף המאמר שכתב שכשיש כמה שותפים ניתן לעשות גא"א כנגד כ"א בזה אחר זה, הרי מבואר שניתן לעשות גא"א גם כשאין החלקים שווים], וכן כתבו הפוסקים שסתימת השו"ע היא שאין לחלק בזה. ולכאור' נראה להוכיח מדברי השו"ע (סעי' יא) שסוברא שיש גא"א בחלקים שאינם שווים, ממה שכתב גבי חצר של שבע אמות שהיו בה לאחד ד' אמות ולשני ג' אמות, שבעל הד' אמות יכול לומר אקח ג' לעצמי וא' אצרך אליך ונעשה גא"א, ומבואר שעושים גא"א בחלקים שאינם שווים, אכן אולי יש לדחות, ששם יש באפשרות השני לחלוק בחלקים שווים רק שאינו רוצה, אבל הגר"א כתב שם שכ"ש שיכול לומר גא"א בכולה, והרי שם אין החלקים שווים, ועי' במשכנות הרועים (ח"ג מערכת ג' סי' טז) ובברית כהונה השלם (ח"ב מערכת ג' אות א'), שהביאו דברי הע"ש אם כתבו שרוב הפוסקים לא סברו כן, ואף שהמנהג בתונים היה כלבוש, מ"מ כתבו שכנראה הונהג כך בגלל מצב היוקר אצלם וכדו' אבל לא שכך הדין, ולכן ברור שכיום עושים גא"א גם כשהחלקים אינם שווים.

אגוד לגמרי, [כלו ויחזור לשותפות] וכו' ואפילו תובע נמי הני מילי לאסתלוקי מדינא דגוד או אגוד לגמרי, אבל לאישתמוטי מעילוויא לעילוויא לבתר דציית ליה נתבע למיגד או לאוגודי בעילוויא קמא לאו כל כמיניה. [לפ"ז הדבר דומה יותר לשיטת המכרזים בהם מציע כ"א הצעה ללא ידיעה מה האחר מציע וההצעה הגבוהה זוכה ולכן חייב להעלות במחיר אם רוצה לזכות, וגם כאן הוא מציע ללא ידיעה אם השני מוכן להצעה זו ואז השני יזכה].

ונראה בביאור דעת הרמ"ה, שזכות התובע לדרוש חלוקה בצורה של גא"א מהותה היא, שמצד אחד איננו מחייבים את הצדדים להשאר שותפים ולכן יש זכות לחלוקה בין השווי לדבר עצמו, ומאידך אין אנו רוצים לנשל אדם מאחוזתו, ולכן אנו מחייבים את תובע החלוקה לתת לנתבע זכות להשאר בחלקו ע"י קניית כל השטח, ולשם כך קבעו חז"ל שיש לקבוע מחיר עפ"י הצעת התובע, והוא חייב לתת לנתבע לקנות במחיר זה, וכיון שנתן לו הזכות אינו יכול לשוב ולקחתה ממנו. ולכן אם ירצה הנתבע לקנות את כל השטח אכן תהיה בעיה לתובע, אך בעצם נכון לעשות כך שלא יוכל לנשל את השני בלי לתת לו אפשרות הוגנת לקנות, שכן גא"א מטרתו לכפות פירוק שותפות ולא לתת זכות יתירה בשטח למאן דהוא.

שור"ש שכן מפורש הטעם בדבריו (אות קסט) וז"ל: אבל למיהדר איהו גופיה בדינא דגוד או אגוד מעילוויא לעילוויא אחרינא לאו כל כמיניה, דכי מחייב נתבע מדינא למיצת לדינא דגוד או אגוד משום דקא מיבחר ליה תובע למיגד או לאוגודי הוא, דכיון דמיבחר ליה וקא משוי ידו על העלוונה לאו לאפקועי מיניה קא בעי, אלא לאסתלוקי מהדדי באנפא דניחא ליה לנתבע טפי קא בעי, והכא כיון דקא בעי לאשתמוטי להו מעילוויא לעילוויא מחמת דחזא דניחא ליה לנתבע למיגד בעילוויא קמא וקא בעי השתא לעלווי עלויה בדמי יקרי... לאו לאבחוריה לנתבע למיגד או לאוגודי בחד עילוויא קא בעי, אלא לאפסודיה לנתבע קא בעי... וכי האי גוונא לאו גוד או איגוד הוא ודינא הוא דלא מחייבין ליה לנתבע למיצת לדינא דגוד או אגוד אלא בעילוויא קמא. עכ"ל.

ולכן אם התובע רוצה את הדבר לעצמו, יש לו להציע מראש מחיר גבוה שהוא חושב שבמחיר הזה לא יהיה שווה לשני לקנות או שלא יוכל לתת מחיר כזה [ובכ"ה ג"א אף שמכריח את חברו, מ"מ כיוון שנתן לו הזדמנות שווה יכול לתבע גא"א], ובאם חברו בכל זאת ירצה לקנות במחיר זה, יוכל תובע הגא"א לחזור בו מכל החלוקה להיות שותף כבתחילה.

והנה הדרישה (אות לב ובסמ"ע ס"ק מ"א) ר"ל בדעת הרמ"ה, שלאחר שחזר בו מהחלוקה וחזר להיות שותף עם חברו, יוכל להציע שוב גא"א במחיר גבוה יותר, ובנתימ"מ (ס"ק טו) הקשה ע"ז מה שיעור יש בזה שמיד אחר שיחזור לשותפות ידרוש גא"א, ואולי יש לומר שחייב לחזור לזמן מינימלי של שותפות - כל דבר לפי ענינו. ומ"מ כבר כתב החזו"א (ב"ב ט, ח) שברמ"ה הנדפס [לסמ"ע ולנתה"מ' לא היה ספר הרמ"ה רק דבריו שהובאו בטור] מבואר שכלל אינו יכול לחזור ולתת מחיר אחר, וכ"כ הערה"ש אלא שהוסיף שאם השתנו התנאים בשוק יוכל לחזור ולהציע מחיר אחר. שור"ש שכ"כ הרמ"ה עצמו (אות קסט) וז"ל: אבל ודאי אי מוכחא מילתא דלא הדר ביה מעילוויא לעילוויא אלא מחמת מילתא אחרית דגרמא ליה, כגון דלא מוסיף אעילוויא קמא אלא לבתר דשבחא ארעא או יקרא ביני וכו' כל כי האי גוונא מצי למיהדר ביה מעילוויא לעילוויא, דמוכחא מילתא דמתחילה ועד סוף כי איכוון לאבחוריה לחבריה בדינא דגוד או אגוד... ושנויא דאתרע בארעא או בזוזי ביני ביני הוא דגרם ליה למהדר ביה מעילוויא קמא. עכ"ל.

האם אפשר להתחרות מי מציע מחיר גבוה יותר כבמכירה פומבית

החזו"א תמה מדוע לא יתחרו ביניהם על המחיר הגבוה, וכ' שאולי לפני גא"א יכול כ"א לדרוש לעשות כן וסיים בצ"ע. אולם מעבר לדוחק דלא משתמט חד שיאמר שניתן להציע משהו חוץ מגא"א, לכאו' ברמ"ה שם מבואר להדיא לשלול צד זה וז"ל: הלכך אי כל חד מינייהו קאמר ליה לחבריה גוד מינאי כיון דתרווייהו לא ניחא ליה בגוה מזבני לה לעלמא, ואי לא ניחא להו לזבונה לעלמא שבקינן להו וקיימא ביניהו בשותפות. ואי כל חד מינייהו [מוסיף] אעילוויא דחבריה כיון דלא ניחא ליה לאוגודה לחבריה בהני דמי דקא בעי לה לנפשיה, שבקינן לה גבייהו בשותפות כדאיתא. עכ"ל. והטעם הוא לכאו' כפי שכתבנו, שאיננו מעוניינים לאפשר לאחד מן הצדדים לנשל את חברו, אלא כאשר הוא מציע מחיר שהשטח שווה לו הוא חייב לתת לשני הזדמנות לקנות, שכן המטרה היא שתהיה חלוקה הוגנת ולא לנשל את השני. וכל זה דלא כמובא בקובץ הישר והטוב (ח"ח ע"מ לד) בשם הגאון הרמ"מ שפרן שכתבו בשם החזו"א שגא"א הוא באופן שכ"א ירבה במחיר [שור"ש במהרש"ם ח"א סי' ח' משמעות דבריו שגא"א הוא כמכירה פומבית וצ"ע].

ולכן בנידון דידן ראובן יתבע חלוקה בגא"א ויציע את המחיר המירבי שהשטח שווה מבחינתו ואח"כ לא יוכל לחזור בו ולהעלותו יותר, ובמידה ושמעון לא יקנה יעשו קנין על החלוקה ויקנו בגוף השטח ושוב לא יוכלו שניהם לחזור בהם.

עוד ראיתי לנכון להביא דין נוסף במקרה ונשאר עוד כמה דיירים שיש להם חלק אפי' שחלקו של כ"א אין בו כדי חלוקה בכ"א יכול כ"א לתבוע את חברו בגא"א ואחר שיקנה אד מהם חלק חברו יוכל להמשיך ולעשות גא"א מול אחר וכן הלאה וכ"ז למדת מתורתו של הרמ"ה (אות קסט ד"ה ומחורתא) וז"ל: אף על גב דלא מטי ליה נמי שיעורא דחזי ליה כגון מידי דלית ביה דין חלוקה לטפי מתרי שותפי וקאי בין תלתא או ד' שותפי, דאי נמי אגיד חד מינייהו חולקא דחד מחבריה לא קא מטי ליה כשעור, אית דינא דגוד או אגוד. דאע"ג דהשתא לא קא מטי ליה כשיעור, כיון דאי תבע להו נמי לשאר שותפי בדינא דגוד או אגוד ההוא דאגיד ליה לבסוף לכוליה מצטרפי כולהו חולקי גביה לכשיעור כמאן דמטי ליה השתא כשיעור דמי, דהא יכיל למתבעיניהו לשאר שותפי בדינא דגוד או אגוד. ואי מוגדי ליה לדיליה הא מטי ליה כשיעור ואי אגדי מיניה לית ליה פסידא במאי דאגיד איהו מחבריה, דהא קא שקיל זוזיה מהנך ומסתלק. ועוד דאי לא ניחא ליה מעיקרא למיגד מחבריה משום דלא מטי ליה מעיקרא כשיעור לוגיד ליה לחבריה. וכ"כ להלכה הערה"ש סעיף ט מדעת עצמו.

הדינים העולים

- א. נוהגים כיום לכפות גא"א גם בשותפין, ובכ"א כאשר אחד מכר חלקו לאחר לכו"ע יכולים הצדדים לכוף על גא"א [עיין הפרטים בפנים].
- ב. גם בבתי משותפים אומרים כיום גא"א על חלקים שאינם מעיקר תשמיש הבתים למעט חדרי מדרגות, לובי וכדו'.
- ג. גם כשאין החלקים שווים עושים גא"א.
- ד. ניתן להעלות בשומת הנכס גם מעבר למחיר הרגיל אבל לא לפחות ממנו.
- ה. התובע גא"א חייב לתת אפשרות לשני לקנות במחיר זה ואינו יכול לשוב ולהעלות את המחיר אם השני חפץ לקנותו, אך הוא יכול לחזור ולהיות שותף כ"ז שלא עשו קנין.
- ו. כמה שותפים יכול כ"א מהם לעשות גא"א כנגד אחד או כמה מהשותפים ואף שאין לכ"א כדי חלוקה.

והמאבד יודע שנאבד וביטלתו להשתדל להצילו ובכ"ז לא עשה כן מיד, מותר למוצא לקחתו לעצמו אפילו אם יש בו סימף.¹⁶

אבודה ממנו ומכל אדם

8. אבידה ש'אבודה ממנו ומכל אדם'¹⁷ אין בה חיוב השבה¹⁸ ויכול לקחתה

והדין פשוט לפי מש"כ לעיל, כי הסיבה שמותר לקחת אבידה מדעת לעצמו, הוא מכיון שאנו משערים שהמאבד הפקירו, משא"כ במקרים אלו שזה שבעליו אינו טורח למצוא אבידתו אינו ראה שהפקירו, וכן במי שאינו מחפש כי אינו לפי כבודו, אפילו אם נימא שאינו מוטל על אחרים להחזיר אבידתו זקן שאינו מרים כי אינו לפי כבודו והוא כמו עזוב תעזוב עמו, אבל מ"מ ברור שאסור לקחתה לעצמו, כי אינה אבידה מדעת כיון שיש סיבה לכך שאינו מרים, ולפי הרא"ש (כא) וכן פסק הרמ"א (רסג) שאסור לזקן ואינו לפ"כ לטפל באבידה, פשיטא שיש חיוב על אחרים להחזיר לו אבידתו, כיון שהוא נמנע בע"כ.

16. הטעם, שמעשי הבעלים מוכיחים שהתייאש ממנו, וזה נלמד מדברי הראשונים (תוס' (כ), א"ד"ה שטף), המרדכי (רנו), הרמב"ן והרשב"א) על הברייתא "אם הבעלים מרדפין אחריהם חייב להחזיר", שמשמע שאם אינם רודפין אינו חייב להחזיר, והסבירו הראשונים שמיידי "ביכול להציל אחר שטיפה ע"י הדחק, דאע"פ שיש בו סימן, בטורח יכול להציל לפי שיתרחקו הרבה שהנהר מוליכן ברחוק, ולכן אם היה בשעת שטיפה ואינו מרדף, ודאי מתייאש כיון שעתה יכול להציל בלא דוחק ואינו מציל", וכן פסק הרמ"א (רנט, ז).

ולכאורה מדין זה יש להקשות על הנתיחה"מ (רסב, ג) שסובר שאפשר לחזור מייאוש עד דאתי לרשות זוכה (התרומות הכרי (סי' רסב) חולק על הנתי', שאפילו מ"ד שייאוש עד דאתי לרשות זוכה סובר שאי אפשר לחזור מייאוש), שהנה בגמ' (כב, א) מבואר בסתמא "שטף נהר קרויו עצי וואבני ונתנו בתוך שדה חבירו הרי אלו שלו מפני שנתיאשו הבעלים", ובדברי תוס' והראשונים מבואר להדיא שהטעם שאפשר לקחת האבידה הוא מכיון שהבעלים לא רדפו להציל החפץ והוכיחו בזה שהם מתייאשים (ולא מטעם שהחפץ אבוד בעצם שהרי אינו זוטו של ים), וממה שכתבו ש"אם היה בשעת שטיפה ואינו מרדף ודאי מתייאש" נלמד שאם לא רץ מיד נהרץ דינו להפקר ולא תועיל ריצה לאחמ"כ, ולפי הנתי' אין הדין כך אלא כשנתנו ברשות זוכה, שלדעתו אם אח"כ יחילט הבעלים לרוץ אחר אבידתו יחשב הדבר כחזרה מן הייאוש ואם עדיין לא הגיע לרשות זוכה פוקע הייאוש, וא"כ אין נאמר בגמ' והראשונים בסתמא שהרי אלו שלו, הרי לפי הנתי' הדין תלוי אם נתנו ברשות זוכה לפני שהתחיל לרוץ או לא?¹⁷ כמבואר בגמ' (ב"מ כב, ב) "מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת דכתיב וכן תעשה לחמורו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה הימנו ומצויה אצל כל אדם יצאתה זו שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם", וכ"כ בבעל המאור (ב"מ יב, א) "ודוקיא דרישא היינו סיפא מנין לאבידה ששטפה נהר שמתרת וכו' פירוש היינו זוטו של ים ושולוליתו של נהר שנפלה לו האבידה באמצעות הנהר מקום שהמים שוללן בהם... מותר אפילו שלא מדעת דרחמנא שרייה בכל ענין ואין צריך לייאוש שלו ולא לידעתו לפי שהיא אבודה ממנו ומכל אדם, ואין דומה לזה שטף נהר קרויו עצי וואבני שזו השטיפה אינה בשולולית כלומר באמצעותו של נהר אלא בגדותיו ע"י רוב גשמים ואידי דיקירי פלטי להו מ'א, וממנו הם אבודים אבל לא מכל אדם" שאפשר שיחסרו המים כשיגיעו למקום אחר ויניחו המים ברשות אחר", והמלחמות הסכים לו בזה.

וכן הוא בגמ' (כד, א) "המציל מן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס ומן זוטו של ים ומשולוליתו של נהר המוצא בסרטיא ופלטאי גדולה ובכל מקום שהרבים מצויין שם הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשין מהן", וביאר הרא"ש (ש"ב, ו) "האי מתייאשין אסרטיא ופלטאי ורבים מצויין שם קאי, אבל אינן אפי' עומד וצווח נעשה כצווח על ביתו שנפל", וכן פסק השו"ע (רנט, ז) "המציל מהארי והדוב וזוטו של ים ושולוליתו של נהר הרי אלו שלו אפילו הבעל עומד וצווח".

18. בברייתא הנ"ל נאמר שהאבידה מותרת, ונחלקו רש"י ותוס' ורבים מהראשונים בכונת "מותרת", י"א שהיא מותרת משום יאוש מכיון שהבעלים ודאי התייאשו והיא ככל אבידה אחר יאוש בעלים, וי"א שהיא מותרת מדין הפקר, וזו גזירת הכתוב שהחפץ נחשב להפקר. ברש"י כתוב (ב"ק ס"ו, א"ד"ה מוצא אבידה) "אם נתייאשו בעלים קודם שמצאה זה קנה, דתניא באלו מציאות מנין לאבידה ששטפה נהר הואיל ונתייאשו הבעלים שהיא מותרת, ת"ל אשר תאבד ממנו", ומבואר בדבריו שכל דין יאוש נלמד מהפסוק שמתיר אבודה ממנו ומכל אדם, וא"כ סבר להדיא שההיתר הוא מטעם יאוש, אבל בתוס' (כב, א"ד"ה שטף) כתבו שבאבודה ממנו ומכל א"א לא שייך לומר "אם נתייאשו הבעלים", כי אפילו בסתמא הוא כן (וכן משמע מתוס' כז, א"ד"ה מה), וא"כ סברו שהטעם משום הפקר, וכן הרמב"ן (כז, א"ד"ה מתינתין) הקשה על רש"י "מה שפרש"י ז"ל ב"ק בפרק מרובה (סו, א) דיאוש קונה מדינא בפירקין מנין לאבידה ששטפה נהר שמותרת וכו' אלמא יאוש קני, זה אינו נכון דהא יאוש שלא מדעת הוא ולא הוי יאוש אלא דהתם רחמנא שרייה והוי הפקר", והראשונים הסכימו לרמב"ן, הרשב"א (כא, ב) ז"ל "זוטו של ים ושולוליתו של נהר דאית בה סימן רחמנא אפקריה, מסתברא דהפקר גמור הוא ואפי' מרדף אחריהם ואפי' אמר בפירוש לא מייאשנא אפי' שריא

לעצמיו¹⁹, וכגון שנאבד החפץ באופן שעפ"י דרך הטבע אין אפשרות להצילו²⁰, ואפילו כשלא נאבד לגמרי אבל אין סבירות שהחפץ יושב לו²¹. ויש מיעוט בפוסקים שאומרים שגם אם לפעמים אפשר להצילו אלא שעפ"י הרוב הברור א"א להצילו נחשב כבר לאבודה ממנו ומכל א"א²².

דרחמנא אפקריה", וכן סבר הרא"ש (סי' ו, וגם בתוס' הרא"ש שניבא בהערה 22), והשיטה מקובצת (כא, ב"ד"ה זוטו) ז"ל "משמע כשאנו יכול להציל אפילו על ידי הדחק וזו היא הנקראת אבודה ממנו ומכל אדם, ואפילו עומד וצווח וכל שכן בלא יודעים דלא

מתורת יאוש נגעו בה אלא מגזירת הכתוב. זה נראה לי. שיטה". והנה מפשטות הרמב"ם (וכן הבינו ה"ה, כס"מ, לח"מ ונח"ד כב, א) נראה שסובר כדעת רש"י, שכתב (גו"א יא, י) "המוצא אבידה בזוטו של ים ושולוליתו של נהר שאינו פוסק אף על פי שיש בה סימן הרי זו של מוצאה שנ' אשר תאבד ממנו ומצאתה, מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתיאש ממנה". אבל האמרי משה (לא, ח) וחי' ר' מאיר שמחה (כז, א"ד"ה ולפי שיתנו) והיונת אלם (סי' כ) הבינו דגם לפי הרמב"ם ההיתר נובע מגז"ה, אלא שאין דעתו כשאר הראשונים, שהם הבינו שהגז"ה כ"מפקעת הבעלות, והרמב"ם סובר שהגז"ה כ"אינה מפקעת הבעלות אלא פוטרת מחיוב השבה, ואין חיוב שמירה על המרים (הרמב"ם לא סבר כהיר' שהביא רש"י שיאוש נלמד מ'אשר תאבד', אלא למדו משמלה (גו"א יד, א)), ולכן כדי שהמוצא יוכל לזכות בה צריך יאוש בעלים, והיות שאין חיוב השבה ואין עליו חיובי שמירה לכן אפילו אם הרימה לפני יאוש בעלים, יזכה בה מיהא כשיתייאשו הבעלים, ובזה יישבו הרמב"ם מקושיית הרמב"ן הנ"ל.

הדבר אברהם (א, כא, כה) למד שהראב"ד (גזלה ח, ח) סובר שאבודה ממנו ומכל א"א הוא מדין יאוש כדעת רש"י, ובשיעורי ר' שמואל (כא, ב) הוכיח שגם ר"ח סובר כרש"י, וכן דייק בריטב"א ש"כ גבי אמיר ומר זוטא ורב אשי אקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק "באופן דאיכא אומדנא ברורה דודאי מייאשי מהני אף שלא מדעת... כדאמרינן בזוטו של ים", ומבואר בדבריו שההיתר של זוטו של ים הוא מדין יאוש, וכן הוכיח מחי' הר"ן שדעתו שהפטור הוא מדין יאוש.

ומ"מ בין אם אבודה ממנו ומכל א"א מותרת מדין יאוש הבעלים ובין אם גז"ה כ"היא כהפקר, זוכה בה המוצא בע"כ של המאבד (וכלהלן), וחקרו האחרונים מה נפק"מ למעשה בין שתי הדעות, הדבר אברהם (א, כא, כה - בסוף) כתב שהנפק"מ היא אם החפץ נעשה אבודה ממנו ומכל א"א ברשות המאבד, שלדעה שזוכים מטעם יאוש לא יוכל לזכות בו אלא הסוברים שאין מועיל יאוש ברשותו, ולפי הדעה שזוכים מדין הפקר, הוא נעשה הפקר גם ברשות בעלים. בעמודי אור (ק"ב, יז - בסוף הגה"ה) כתב שנפק"מ בנכסי קטן שלא מועיל יאוש, אבל לדעה שהוא הפקר מטעם גז"ה כ"יועיל גם בקטן, ובאמת שאי"ז פשוט כ"כ בדעת הרמב"ם, שלפי מה שביארו האחרונים הנ"ל בדעת הרמב"ם שהיאוש הוא מגז"ה, יועיל היאוש גם בקטן כי אי"צ שהקטן יפעיל את היאוש. עוד משמע מהנתיחה"מ (רסב, ג) שתהיה נפק"מ אם בעינן עד דאתי לרשות זוכה כבדי לזכות בו, כי אם מטעם יאוש נשארת האבידה ברשות בעליה עד דאתי לרשות זוכה, משא"כ בהפקר שלא בעינן דאתי לרשות זוכה, שהנה הנתי' שם כותב דבאבודה ממנו ומכל א"א י"צ דאתי לרשות זוכה כיון דהוי הפקר, ומשמע מזה שלאלו הסוברים דאבודה ממנו ומכל א"א הוא מטעם יאוש בעינן בה דאתי לרשות זוכה (גם הדבר אברהם (ט, טז, ה) טען שיש להוכיח מהגמ' (ב"ק קטו, ד) שבאבודה ממנו ומכל א"א לא אמרינן עד דאתי לרשות זוכה, ולפי"ד נלמד מכאן או שכל יאוש לא בעינן עד דאתי לרשות זוכה, או שאבודה ממנו ומכל א"א היא הפקר). ועיין הערה 30 עוד נפ"מ בזה.

(ובאבידה שאין בה סימן אבל אינה אבודה ממנו ומכל א"א אם עמד וצווח שאינו מתייאש, נחלקו הראשונים אם עי"ז אינו חשיב ייאוש - עיין בספר אבן הטונן דף ק"ב).

19. לדעת רוב הפוסקים הנ"ל (בהערה הקודמת) זוכה באבידה מיד, אכן לפי מה שחלק מן האחרונים (שם) למדו ברמב"ם שאבודה ממנו ומכל אדם פוטר רק מחיוב השבה אינו זוכה בו עד שבעליו יתייאשו ממנו.

20. ז"ל הרשב"א (כב, א"ד"ה ה"ג רש"י) "שולוליתו של נהר שאמרו היינו כשהוא הולך באמצע הנהר וחרירותו דהשתא אינו יכול להציל כלל וכשהוא מציל מעשה נס הוא ואבודה ממנו ומכל אדם היא", וז"ל המגיד משנה (גו"א ו, א) "אבל בשאין יכולין להציל רק על צד הזרות והפלא ודאי אפילו לא נתייאשו לא", וז"ל הראב"ד (הובא בשיטה כב, א"ד"ה תא שמע) "זוטו של ים ושולוליתו של נהר אינו מקום הצלה ואם ינצל משום דבר מעשה שמים הוא ואחת מני אלף הוא".

21. מצאנו מקרים רבים שגדר אבודה ממנו ומכל אדם הוא גם כשהחפצים לא נאבדו לגמרי, לדוגמא, הנתיחה"מ (קפא, א), והחת"ס (ח"ו"מ קנה, תשובה לרעק"א כדי לתרץ קושיית רעק"א), כתבו על הגמ' (ב"ק קטז, ב) "שיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד גייס וטרפה ועמד אחד מהן והציל... ואם אמר אני אציל לעצמי הציל לעצמו" שהטעם שהמציל יכול לקחת לעצמו הוא בגלל שהחפץ הנשדד דינו כ"אבודה ממנו ומכל אדם", וז"ל הנתי' "דגייס שאני, דהוי כמציל מן הנהר שהיא אבודה מכל אדם וכהפקר גמור הוא... ואם אחד אינו כאן לא אמרינן דהוי יאוש שלא מדעת כיון שאינו כאן, דגייס הוי כאבידה ששטפה נהר דמהני ביה אפילו יאוש שלא מדעת, אבל ביכולין להציל ע"י הדחק שאינה אבודה מכל אדם, ודאי לא זכה בחלק של מי שאינו כאן", ומבואר

9. מצא אבידה שאבודה ממנו ומכ"א, גם אם לקחה לפני שנודע לבעלים מהאבידה²³, ואפילו אם ידעו מהאבידה וניסו להצילה מיד והראו שאינם מתייאשים²⁴ המוצא יכול לזכות בה.
10. גם אבידה שהבעלים מנועים להצילה רק בגלל שההלכה אוסרת עליו

שהגם שהחפץ נמצא אצל הגייסות ואינו אבוד לגמרי מן העולם יש לו דין אבודה ממנו ומכל אדם מכיון שאין לגלות שום תקוה שחפצו יחזור אליו, והטעם הוא, משום שיסוד 'אבודה ממנו ומכל אדם' הוא שלא יהיה למאבד שום תקווה שאבידתו תוחזר אליו, והוא דצריך באבידה שתהא אבודה מכל אדם עפ"י דרך הטבע, כי אם לא תהיה אבודה מכל אדם עדיין יש תקוה למאבד לקבל אבידתו ממי שמצאה. וכן הגדירו השיטה (ב"מ כא, ב ד"ה זוטו) "כשאנו יכול להציל אפילו על ידי הדחק וזו היא הנקראת אבודה ממנו ומכל אדם".

וכן כתב הרמב"ם (גיטין לז, ב ד"ה מתינן) גבי עבד שנשבה, שהגם שהוא תח"י השבאי דינו כאבודה ממנו ומכ"א, וז"ל "דאי אינו יכול להצילו ודאי יאוש מיהא, ואפ"ל לא מיהא הרי הוא אחר יאוש כיון דאינו יכול להציל וכדאמרין (ב"מ כ"א ב) גבי זוטו של ים ושלוליתו של נהר דהוי יאוש, ואף על גב דאיהו אמר דלא מיהא והכא נמי הכי הוי", וכן יש להוכיח ממש"כ הר"ן (חולין מז, ב ר"פ שלוח הקן) והובא ברמ"א (רנט, ז) שתרגולת שמרדה הוי הפקר הגם שמישהו מצאה, ולמדה משייאה שעמד עליה גייסות "כיון שמרדו ואי אפשר לבעלים להחזיר יצאו מרשותן וכל הקודם בהן זכה בהם", וכן הוא בנתי"מ (רסב, ג) שהחשיב שור שהעידו עליו שנגח ועומד לסיקל כאבודה ממנו ומכל אדם, הגם שהוא קיים ברשות בעליו עדיין (ובסוף הוזמו עדיין), ומצאתי שכ"כ בשיעורי ר' שמואל (כא, א ס"ק ז) "אבודה ממנו ומכל אדם", דגדרו הוא דהחפץ אבוד ממנו במידה כזאת ששום אדם לא יוכל להשיב לו, וה"נ בכל יאוש אף שבמצאות אינו אבוד "מכל אדם" מ"מ לגבי הבעלים אבוד מהם החפץ לגמרי כיון דאינו עומד להיות מוחזר להם, וע"כ נעשה ממילא הפקר כמו זוטו של ים, ויש לעיין גם בתשו"ר גרשום (המובא במרדכי ב"מ רנז) בנידון ספינה שטבעה בים שהוא דן מצבו של הרכוש שנמצא בתוכה כאבודה ממנו ומכל אדם (ורק מסיבות אחרות הוא חייב להחזיר) הגם שכנראה המים לא היו עמוקים כ"כ, כי באו כמה אנשים אח"כ ושללו את הרכוש שנשאר בתוך הספינה.

22. זוהי שיטת המהרי"ק (גי, א), שהנה בברייתא הנ"ל שכתבה דין אבודה ממנו ומכל אדם נכלל 'מציל מן הארץ', והנה בגמ' (ב"מ צג, א) נאמר שרועה שעזב הבהמות שהוא שומר עליהן ובא ארי ואכל, שהדין הוא ש'אומדים' אם יכול להציל חייב ואם לאו פטור", והוכיח מכאן המהרי"ק "מדקדקני אומדים אותך, ש"מ שלפעמים אדם יכול להציל מן הארץ דאם אין יכול להציל לעולם מה אומד שייך שם ואפ"ל הכי אמר בפרק אלו מציאות (דף כד) דהמציל מן הארץ אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשים ממנו. הרי לך אף על גב דלפעמים דלעתים רחוקים אדם יכול להציל גם מן הארץ מ"מ אין לתלות בכך ולומר דלא מייאש דאימר אמר שיציל מן הארץ כיון דפשיטא **דרוב פעמים אין אדם יכול להציל מן הארץ**", וא"כ נמצאו למיידים שגם במקום שרק עפ"י רוב ברור א"א להציל הפסיד אבידתו, והמהרי"ק סמך ע"ז למעשה שאי"צ שההצלה תינתן רק בדרך נס (אלא שנקט בזה שהדין הוא מייאוש בעלים ולא שרחמנא אפקריה), אולם המשנה למלך (גור"א ו, ב) מביא אותו ודוחה ראייתו שמה שנכתב בברייתא שמיציל מן הארץ הוא כמציל בזוטו של ים אינו אלא כשהארי לקחו כבר, וז"ל "ולא דמיא, דהא דהרשב"א היינו במציל מפי אריה דרוב, וההיא דאומדין אם יכול להציל היינו דאם הרועה לא היה מניח עדרו ובא לעיר לא היה בא לידי כך וקודם שיטרוף היה מונע ממנו ברועים ומקלות", אבל בפני האדמה (גור"א ו, א) טען על המל"מ שבברייתא לא נכתב המציל 'מפי הארץ', אלא מציל 'מן הארץ', ומשמע שמדובר שהארי הגיע לטרוף ולא שאוחזו בפיו כבר, אכן דחה גם את ראיית המהרי"ק וכתב שאינו נראה שהבעלים יתייאשו רק מכיון שעפ"י רוב לא יוכל להציל.

החת"ס (י"ד, ב, רלט, אות ט) נראה שהרחיק דין אבודה מכל אדם יותר מהמל"מ, שהנה ישאל במקרה של שריפה שפחדו הקהל משריפת ביהכ"נ, ובכדי למנוע התפשטות האש לביהכ"נ הרסו את גג הבית של השכנה, ולמעשה הקב"ה עשה נס וביהכ"נ לא נשרף, ופסק החת"ס שחייבים לשלם לאשה מדין מציל עצמו בממון חבירו, וז"ל "ואם יאמרו נא בלא"ה ה' נשרף כמציל מן הנהר, ז"א דומה, דעדיין לא ה' ההיזק מגיע לביתה כ"א בסמך לו ועדיין ה' מצפה לתשועת ה' ואולי ה' מקיים בה כ' תלך כמו אש לא תכוה ולהבה לא תבער כך כדאמר' בב"מ ק"ו סוף ע"א אתרוחיש ל' ניסא כר"ח בן דוסא וה"נ כן, וא"כ ממילא שלא מקרי יאוש בעלים". ודבריו מחדשים בהרבה מהמל"מ, כי ההצלה הייתה בדרך נס ממש, ובכ"ז לא הסכים שזה דין אבודה ממנו ומכל אדם, אמנם בהמשך דבריו נראה שלא היה בטוח בכך, ולכן המשיך שחייבים לשלם מדין לפני משה"ז. ובאמת אי אפשר לומר שמה שניצל בדרך נס אינו בכלל "אבודה ממנו ומכל אדם", כי הרי כל ניפוץ הברייתא הוא בחפץ שנמצא למרות היותו בגדר של אבודה ממנו ומכל אדם, וע"כ שהוא ניצל לכה"פ בדרך נס, ומוכרחים אנו לומר שהחת"ס הסתפק אם הצלת הבכ"נ הייתה בדרך נס, ולא שחשב שהצלה בדרך נס אינה בגדר אבודה מכל אדם.

23. בגליון 74 דין 1 כתבנו שנחלקו הפוסקים אם יש חיוב להרים חפץ שאין בו סימן לפני שנודע לבעליו מהאבידה, אבל נידון זה הוא דוקא אם האבידה מצויה אצל כל אדם, אבל אם היא אבודה מכ"א וודאית חל חיוב השבה אפילו לפני יאוש, וכך מבואר להדיא בגמ' (ב"מ כא, ב) לגבי מחלוקת אביי ורבא ביאוש שלא מדעת "בזוטו של ים

- ולא מחמת מניעה במציאות יכול המוצא לזכות בה²⁵.
11. חפץ שנסחף אל הים הוא בגדר אבודה ממנו ומכ"א, אבל אם החפץ נמצא מחוץ לים אלא שגלי שיטפון מאיימים לסחפו ולאבדו, י"א שאינו נכלל בגדר אבודה ממנו ומכ"א²⁶.

ובשלוליתו של נהר, אף על גב דאית ביה סימן רחמנא שרייה", והיינו שאפילו לאביי שסובר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, באבודה ממנו ומכ"א האבידה מותרת אפילו לפני יאוש, וזה מובן מאוד לדעה שבאבודה ממנו ומכ"א מותר מטעם גזה"כ, כי כל הטעם שחייבים להחזיר אבידה לפני יאוש הוא רק בגלל שהמאבד עדיין לא נתייאש ממנו כמש"כ שם. אכן לדעה שסוברת שאבודה ממנו ומכ"א הוא מטעם התייאשו ממנו, שאלו האחרונים למה האבידה מותרת לפני יאוש, והרי היא עדיין של המאבד, וזוהי טענת הרמב"ם על רש"י וכמו שהבאנו בהערה 18. ולפי האחרונים שהבאנו בהערה שם שהבינו מדעת הרמב"ם שאכן יש גזה"כ להתיר באבודה ממנו ומכ"א אבל היא פוטרת רק מחיוב השבה, ג"כ אין קשה מהגמ' כי גם בגמ' נאמר שאין חיוב השבה וזה נלמד מהפסוק גם לפי הרמב"ם, אבל אלו שלא הבינו כך ברמב"ם, ולרש"י ושאר הראשונים שהבאנו בהערה 18 שהטעם הוא משום יאוש, קשה מדוע פשוט לגמ' שיאוש שלא מדעת הוי יאוש בזוטו של ים? הנחת דוד (ד"ה אולם הדבר) תירץ זאת עפ"י הרמב"ם שהעתיקנו בהערה 18 שכתב שאביי מודה שייאוש שלא מדעת הוי יאוש במקרה שברור שבעליו יתייאשו כשידעו שנאבד מהם לגמרי.

24. כך מבואר בגמ' שהאבידה מותרת אפ"ל אם עומד וצווח כמש"כ לעיל הערה 17, ובראשונים מבואר שלא רק בצווח אלא אפילו אם מיד כשנודע לבעליו עשה מעשה והראה שאינו מתייאש מותר לקחת החפץ, וז"ל התוס' הרא"ש (כב, א ד"ה הא סתמא) "בשאין יכולין להציל כי בעלים רודפין אחריהן מאי הוי והלא נעשה כצווח על ביתו שנפל ואף על גב דלא מיהא רחמנא שריא", וכ"כ הרשב"א (כא, ב ד"ה זוטו) "זוטו של ים ושלוליתו של נהר דאית בה סימן רחמנא אפקריה, מסתברא דהפקר גמור הוא ואפ"ל מרדף אחריהם ואפ"ל אמר בפירושו לא מייאשנא אפ"ה שריא דרחמנא אפקריה", והדין פשוט לדעת הסוברים שההיתר בזוטו של ים הוא מגזה"כ, כיון שלדעתם התורה הפקיעה את בעלותו וא"כ מעשי הבעלים אינם כלום בדבר שכבר אינו שלו, וכן מבואר בתוס' (ב"ק קטז, א ד"ה אדעתא) שבאבודה ממנו פקעה בעלותו מיד, וכן מבואר בנתי"מ (רסב, ג) שאבודה ממנו ומכ"א אינו כיאוש, שיאוש אינו הפקעת בעלות ואינו יוצא מרשותו אלא כשבא לרשות זוכה, אבל באבודה ממנו ומכל אדם הבעלות פוקעת מיד. (והברכת שמואל (ב"מ כב, ה) שהסתפק מה טעם שאין מועיל עומד וצווח באבודה ממנו ומכל אדם, האם הוא בגלל שהגזה"כ כבר התירו או משום שבטלה דעתו, הסתפק רק לדעה שההיתר באבודה ממנו ומכל אדם הוא משום יאוש).

25. הר"ן (מה, א דפי הרי"ף, וכן בחידושי שבת קכ, א ד"ה מהפקריא) בפירושו על הנאמר בגמ' שהמצילים בשבת מפני השריפה (בעה"ב יכול להציל רק מזון ג' סעודות) "מהפקרא קא זכ"ל כתב "כיון שהוא (הבעה"ב) אינו רשאי להציל הרי הוא מופקר לכל, מידי הוה אמציל מזוטו של ים ומשלוליתו של נהר", ובב"י (שלד, ט) הביאו, וכתב הב"י שמהר"י אבוהב טען "דלא דמי, דשאני הכא דיכול להציל הוא, אלא דאריא רביע עליה", אולם הב"י קיים הר"ן "דאין זו טענה, דכל שאינו יכול להציל מאיזה טעם שיהיה הוה ליה כזוטו של ים", וקורב לדברי הר"ן כתב הרמב"ם (שבת קכ, א ד"ה ואומרים) "שהוא כמפקרי מאלו והולך לאבידו", וכ"כ הגר"א (רסד, טז).

26. כך כתב האמרי יוסף (ב, נט), בנידון ספרים שנשדדו ע"י חיילים רוסים שהתכוונו לחתכם ולהשתמש בהם לנייד ואח"כ קנו אותם מיד החיילים, שמחדש האמרי יוסף שאין דינם כאבודה ממנו ומכ"א והם נידונים כאבידה רגילה, כיון שרק היו בסכנה שיחתכו אבל עדיין לא נעשה בהם דבר, וכתב שאינו דומה למה ש' המרדכי (ב"ק קעא) באש וז"ל "דליקה שנפלה בעירם והאש היתה קופצת לכאן ולכאן וברחו בני אדם מן העיר מפחד הדליקה ועמד יהודי אחד הציל ספר אחד ובעליו ברח מן העיר, אינו חייב להחזיר לבעלים דהא מצי אמר אנא מהפקריא קא זכינא", שדין המרדכי הוא רק באש קופצת, וכן הסכים לו השרידי אש (א, קמז), גם החת"ס (חור"מ, ק) דן בזה גבי שריא שהייתה מהלכת במדבר שלדעתו (תשו' קכה) נידון כזוטו של ים, וז"ל (הובא בפת"ש קפא, א) "ת"ד שריא שהייתה מהלכת במדבר ועמד עלי' גייס טוורפה וכו' כן הגירסא בכל הספרים... וגרסי' וטורפה ע"ש, נראה הכוונה דבנין דידן בעי' דוקא שכבר טרפו ושוב אח"כ הציל מידם אחר הטרפייה אז הוה זוכה מן ההפקר, אבל מה שלא נטרוף ולא הגיעה לידם עדיין אינו מיואש ולא הציל לעצמו, אמנם בטור וכן בקיצור פסקי הרא"ש שחיבר הטור גרס בברייתא שני' לטורפה, משמע ס"ל אפ"ל לא הגיע עדיין ליד הגזלן ועומד א' והחזירם לאחור נמי הציל לעצמו וכיהונתן ארי' סוף יבמות, אבל אם הציל ע"י בריחה הוה מותר מודה שלא הציל לעצמו". ויש להעיר שלכאור' הנידון תלוי במח' הראשונים בפירוש מילת "זוטו של ים", שרש"י (כ"א, ב ד"ה זוטו) פירש "מקומות בשפת הים שדרך הים לחזור אחרי' ל פרסאות", וכו', והמשמעות היא שהחפץ עדיין אינו נמצא בתוך הים (וכן הבין בדבריו האבן הטוען חלק א עמוד לו, לז), אבל ר"ח פירש זוטו של ים "קרקעית הים" ושלוליתו של נהר "בתוך הנהר" ודומה לזה כתב בעל המאור שהבאנו לעיל הערה 17. ועיין באבן הטוען שם שביאר בזה מח' רש"י ורמב"ם בנסדקה חבית של דבש (ב"ק קטו, ב).

27. כך חידש האמרי משה (לא, ה), והביא לזה ראייה מהמשנה (ב"ק טו, ב) "הזאב והארי והדוב והנמר והברדלס והנחש הרי אלו מועדין", שלכאור' יש לשאול למה חייב בעל הארץ, והרי כשהארי אכל את הבהמה הייתה כבר בגדר אבודה ממנו ומכ"א, אלא

12. חפץ שנאבד ממנו ומכ"א בגרמת אדם אחר והבעלים דורשים ממנו תשלום עבור החפץ, י"א שבכהאי גוונא החפץ אינו יוצא מרשות הבעלים²⁷, וגם לדעה זו אם החפץ מבוטח בחברת ביטוח, הגם שבעתיד יתנו לו תמורה, הוא נשאר בגדר אבודה ממנו ומכ"א²⁸.

ע"כ שכיון שאפשר לקבל תמורה אין החפץ נחשב אבודה ממנו ומכ"א. ובכך יישב הא"מ גם את הקושיא על הגמ' (ב"ק כו, ב) "זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור, מאי טעמא מנא תבירא תבר", שלכא' למה צריך הטעם של מנא תבירא תבר לפטור השובר, הא בלאו הכי פטור כי הכלי הנפילתו נחשב אבודה ממנו ומכ"א, אע"כ שכיון שאפשר לחייב את הזורק לכן אין החפץ נחשב אבודה ממנו ומכ"א (והיה נראה שהתירוץ נכון רק לפי הרא"ש (ב"ב, טז) ואחרים שלמדו בגמ' שהזורק אינו בעל הכלי, אבל לרש"י (כו, ב ד"ה זרק) שלמד שבעל הכלי הוא זה שזרק, הדרא קושיא לדוכתה כי אין מי לחייב באיבוד הכלי, אמנם הבית הלוי (א, כד ד"ה והנראה ליישב) למד ברש"י שהזורק עשה כן במתכוון, ולכן אין החפץ יוצא מרשותו של הזורק, והוא מעין סברת האמרי משה, אלא שהביה"ל אומר כן אפי' אם אינו צריך את הכלי כדי לקבל תשלום אלא בכדי למלאות רצונו (והבאנו דבריו לעיל הערה 6 שמתעם זה אינה אבידה מדעת, ולדעתו גם אין לו דין אבודה ממנו ומכל אדם). ויש לציין שלפי הנתי (רסא, א בסוף) אין מקום להקשות כלל, כי לדעתו אין החפץ בגדר אבודה כלל, אכן דבריו הם דלא כהרא"ש הנ"ל כמובן, וגם אינם מוכרחים בכדי ליישב שיטת רש"י הנ"ל מקושיית הרא"ש. ועיין ח' הגרי"ז על הרמב"ם הל' גו"א שיישב הקושיא באופן אחר). והנה חידוש הא"מ מסתבר מאוד, כיון שנהי שהחפץ עצמו יאבד לבעלים, אבל עדיין הוא רוצה שהחפץ ישאר בבעלותו בשעת השבירה בכדי לקבל עליו תשלום, ופשוט שאינו מפקירו, כי א"כ איך ידרוש עבורו תשלום. וכדברי הא"מ כתב גם החזו"א (ב"ק יא, ט ד"ה ומיהו), וכתב עוד, שבאמת אם זורק הכלי הוא חשו"ק - השוברו במקל פטור, כיון שבעל הכלי לא היה יכול לדרוש עבורו תשלום והחפץ הוא בגדר אבודה מכ"א, וכ"כ (ב"ק יח, ג ד"ה בנה"מ) גם בשיירא שעמד עליהם גייס, שהחפץ אינו נחשב אבודה ממנו ומכ"א כיון שאפשר לחייב את האנס, ודלא כנתי"מ שהבאנו בהערה 24, וצ"ע אם אפשר להוכיח מזה שהנתי החשיב גייס כזוטו של ים שהנתי חולק על הא"מ, כי יתכן שהגם שבעיקרון ניתן לחייב הגייס לשלם, אכן הוא נשלל מצד המציאות וכמש"כ החת"ס (ה, ק) "דמדבר לית דין ולית דין וממקום רחוקה באו ושם ישובר", ולכן יתכן שגם האמרי משה יודה שבגייס נחשב אבודה ממנו ומכ"א.

28. כיון שבכדי לקבל דמי ביטוח אין צורך שבדין יהיה החפץ שלו בזמן שנאבד, ולחברת הביטוח די בזה שפעם היה לו חפץ ועכשיו אין לו.

29. בשרידי אש הנ"ל (הערה 26) חייב את המוצא להחזיר הספרים שהציל, אפילו אם דינם היו כזוטו של ים, כיון שהציל מתוך כוונה להחזירם לבעליהם, וטעמו, שמכיון שהספרים הגיעו לידו ע"ד להחזירם לבעליהם נעשה שומר עליהם עבור הבעלים, ושוב אינם אבודים מכל אדם. אולם לכאורה דין זה תלוי במחלוקת הנתי"מ (רסב), והתרומות הכרי (סי' רסב) אם בעלות המאבד פוקעת מיד באבידה שאבודה מכ"א, שלדעת הנתי - והדבר אברהם (ב, טז, ה) שהסכים לו - שהבעלות של המאבד פוקעת (וכ"ש לחזו"א (ב"ק יח, ג) החולק על הנתי וסובר שהבעלות נפקעת אפילו ביאוש רגיל). פקעה כבר בעלות המאבד לפני שהלה נעשה שומר עבורו, ולכן לא שייך לומר סברת השרידי אש, אבל לדעת תרומת הכרי שהבעלות אינה פוקעת אכן אפשר לומר כמו השרידי אש, ולומר דרך אחרת בדעת השרידי אש, שהמוצא התכוון לקנות ולזכות

13. ראה אבידה שאבודה ממנו ומכ"א, והצילה מתוך כוונה להחזירה לבעליה ואח"כ נמלך בדעתו, נחלקו הפוסקים אם יכול לקחתה לעצמו²⁹.
14. עוד נחלקו הפוסקים בכל אבידה שאבודה ממנו ומכ"א, אם המוצא חייב להחזירה לבעליה לפני משורת הדין³⁰.

ולשמור עבור המאבד ולכו"ע יצטרך להחזיר וכמו הנתי"מ (רנט, א) וז"ל "ומה שתיירין הוא דלא הוי כמגביה מציאה כיון שלא נתכוין רק להחזירה לבעלים בתורת החזרה ולא בתורת זכייה, ע"ש, אין בו שום סברא, דסוף סוף הגביה בשביל הבעלים ומיד קנאו הבעלים בהגבהה שלו" אינו מסתבר, כמו שטען המלואי משפט (הערה 4), והוא גם מנוגד לדעת הקצוה"ח, וגם השרידי אש לא טען כן. גם הגרמ"פ נראה שסבר כטענת השרידי אש, ממה שכתב באג"מ (ח"מ ב, מג) אודות א' שהציל ס"ת מעסטריין בתחילת מלה"ע השנייה (אחרי שכבר נשרפו הבתי כנסיות) "ואף אם היה במקום האבוד אולי לא רצה המציל לקנות לעצמו", אבל לא ביאר סברתו.

30. הד"מ (רנט, ב) כתב "מרדכי שכתב שם (סי' רנז) בשם ראב"ן (ב"מ עז ע"ד) וראב"י"ה דכייפנין ליה לעשות לפני משורת הדין, וכתב הא דלא כייפנין להחזיר למציל מזוטו של ים משום לעשות הטוב והישר מיירי דוקא בעני המציל ובעל אבידה הוא עשיר עכ"ל, ואם כן אפילו למאן דאמר דלא כייפנין על זה מכל מקום למידן דבמציל מזוטו של ים אית ביה משום עשיית הטוב והישר", וכן פסק הרמ"א בשו"ע (רנט, ז), אולם הבית הלוי (ג, מח) שאל עליו משני צדדים, ראשית שגורסת המרדכי שלפנינו אינה כגורסת הד"מ ואין מוזכר בה חיוב לפני מש"ה באבודה ממנו ומכ"א, ורק לגבי אבידה שנמצאה במקום שגויים מצויים שם פסק המרדכי שמחזירים לפני מש"ה, ועוד, שלפי ביאור הר"ן המובא בהערה 25 מוכח מהגמ' שאין הדין כן, שהנה הר"ן למד שהמצילים מן הדליקה בשבת זוכים מדין זוטו של ים, ובכ"ז כתוב במשנה (לפי פי' הגמ') "אם היו פיקחין דידעי דכהאי גוונא לאו שטר שבת הוא עושיין עמו חשבון לאחר השבת", ואם המציל חייב להחזיר למשה"ה אך יכול לדרוש שכר שבת? ומוסיף בית הלוי, שהגם שלפי רש"י שם אין הכרח נגד הד"מ, מ"מ אין ממנו ראייה שסובר כרמ"א, ולעומת זאת לפי הר"ן מוכח שלא כד"מ. התרומת הכרי שאל ג"כ על הד"מ מהגרסא שלפנינו, ועוד שאל, שמעובדא (ב"מ כד, ב) ד"דיו ששקיל בישרא' שדנהו אביי כזוטו של ים והתיר לו לקחתה מוכח דלא כרמ"א, שהרי לא אמר לו שצריך להחזיר למשה"ה הגם שנראה שהמוצא היה עשיר (ואין הכרח כ"כ לדברי, כי נהי שהיו שם עשירים, אבל אולי המוצא לא היה עשיר).

ואולי אפשר לומר שדין הרמ"א תלוי במחלוקת שהבאנו לעיל הערה 18 אם ההיתר של זוטו של ים הוא משום יאוש או משום הפקר, כי הנה הר"ן הנ"ל סובר להדיא שזוטו של ים הוא הפקר ולכן מובן שאין חיוב למשה"ה, ואינו דומה זוטו של ים למקום שמצויים שם רוב גוים ששם ההיתר הוא רק משום יאוש ולא שהוא הפקר. ומסתבר מאד לחלק בין יאוש להפקר בנידון דידן, לפי המבואר בנתי"מ (רסב, ג) שחפץ שבעליו התייאשו ממנו אינו הפקר והוא נשאר ברשות המאבד עד דאתי לרשות זוכה (עצם הסברא כתובה בשיעורי ר' שמואל סימן י' לענין אחר), ולפי"ז י"ל שבאמת יש חיוב להחזיר לפני מש"ה"ד כיון שהזוכה הוא זה שהפקיע בעלותו של המאבד, משא"כ לאלו הסוברים כמו הר"ן שזוטו של ים הוא הפקר, א"כ ההפקר חל לפני שאתי לרשות הזוכה ואינו תלוי בזוכה כלל. ולפי זה נכונה ראייתו של בית הלוי מהר"ן דלא כד"מ הרמ"א, אכן רש"י לשיטתו שזוטו של ים הוא מדין יאוש לא למד כהר"ן כי עדיין יהיה חיוב להחזיר למשה"ה, והרמ"א מתיישב עם שיטת רש"י.

בית הוראה לענייני ממונות "בית גרוס"

ע"ש ברוך וברכה גרוס

שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

בבית ההוראה ניתן יעוץ בדיני ממונות ע"י דיני בית הדין ובית ההוראה ● סיוע בעריכת צוואות וחוזים ● בשפות עברית אנגלית יידיש וצרפתית ● בית ההוראה פתוח בימים א-ה בין השעות 13:40-15:30 ובימים שישי בין השעות 11:15-13:00
Les lundis et mercredis nous traitons vos questions en français ● טלפון 02-502-3637 דוא"ל: beisdin@neto.net.il

כמו כן ניתן מענה בענייני אורח חיים ויורה דעה ע"י מו"צ דלהלן:

13:45-14:15	הרב יצחק זאב רוזנבלט	יום א'
14:00-14:30	הגאון הרב ר' ישראל גנס	יום ב'
13:45-14:15	הרב אהרן הלוי וואזנר	יום ג'
13:45-14:15	הרב יצחק זאב רוזנבלט	יום ד'
13:45-14:15	הרב אהרן הלוי וואזנר	יום ה'

תשובות בענייני רבית בימי ראשון 14:30-15:30 ע"י הרב ר' פנחס וינד בעמח"ס 'ברית פנחס' על הל' רבית. ניתן לערוך היתר עיסקא במקום.

הדיינים יושבים בבית הוראה כדלהלן

יום א'	הרב אברהם בוטרמן והרב שלמה וייספיט והרב גבריאל לוברבוים
יום ב'	הרב יצחק בלחשן והרב אלחנן רזניק [גם צרפתית]
יום ג'	הרה"ג ר' יצחק שובקס והרב יצחק מרוקובסקי
יום ד'	הרב ברוך שובקס, הרב חיים הררי והרב אליה יפה [גם צרפתית]
יום ה'	הרה"ג ר' אברהם דרברמדיקר, הרב אשר שפירא והרב שלמה פרץ
יום ו'	הגאון הרב נפתלי נוסבוים, הרב משה ויליגר, הרב דוד סעמיאטיצקי

"עלון המשפט" יוצא לאור על ידי "מכון מענה שמחה", © כל הזכויות שמורות