

רש"י בבא מציעא כה, ב

מכוסה לא יגע בו - דאין זו אבידה שיהא מוזהר עליה בלא תוכל להתעלם - דמשתמר הוא. מעלמא אתו - ואין זה הינוח, וכיון דאין בהן סימן - נימא הרי אלו שלו. ספק הינוח - בדבר שאין בו סימן, וכל שכן ודאי הינוח. לכתחילה לא יטול - דאי שקלת לה ליכא למרייהו סימנין למיתב בהו, ויפסיד, הלכך לא יטול, והבעלים יזכרו ויבאו ויטלו. ואם נטל לא יחזיר - דהא ליכא דיהיב סימנא.

רש"י בבא מציעא לז, ב

האמר ר' אבא בר זבדא ספק הינוח - מצא דבר שאין בו סימן בצד מקום שמשתמר קצת, דלא שכיחי אינשי דאזלי, ויש לספוקי שמא מדעת הונח שם לגניזה. לכתחלה לא יטלו - המוצאו, שכשיבא בעליו לא ימצאו, וסימן אין בו שיכריז, לפיכך יניחנו זה, ובעליו יבא ויטלו, וכל שכן לודאי הינוח, כדתנן (בבא מציעא כה, ב): מצא כלי באשפה, מכוסה - לא יגע בו. ואם נטל לא יחזיר - ואם בא אחר ואמר שלי הוא, וסימן אינו נותן בו - לא יחזירו, 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...

תוספות בבא מציעא כה, ב

אחר הגפה - מקום שמשתמרות קצת
אבל מצא במקום שאין משתמר כלל ודאי אבידה היא ונתייטשו 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 נטל ומכריז
וכן לעיל (דף כד.) אמר מצא אבידה אם רוב ישראל חייב להכריז א"כ ביש בה סימן מיירי ומוקי לה בטמון באשפה ונמלך עליה לפנותה אבל אם לא נמלך לא יגע בה
ולרבה דאמר מקום הוי סימן נקט דוקא גוזלות דמדדין אבל דבר אחר לא דהוי מקום סימן ויטול ויכריז כיון דאינו משתמר לגמרי ולרבה דאמר מקום לא הוי סימן נקט גוזלות לאשמועין דאע"ג דהוי ספק הינוח דאיכא למימר דמעלמא אתו לא יגע בהן.
ואם נטל לא יחזיר - יש מפרש דהיינו דוקא כשנטלה והוליכו לביתו דיש לחוש שמא באו בעלים בתוך כך ולא מצאו מה שהניחו שם ושוב לא יחזרו לבקשה לכך לא יחזיר למקום שנטל אבל אם נטלו ולא זז משם וראה שלא באו בעלים בתוך כך יחזיר וכן יש בירושלמי עובדא ברבי אבא בר זבדא גופיה דקאמר רבי אבא בר זבדא אשכח חמרא מכוסה בחפיסה ונסביה אתא ושאל בבי רב אמרו ליה לאו יאות עבדת אמר להו אהדריה א"ל לא דלמא אתא מריה ולא אשכחיה ומיאש מיניה
ומיהו אם נטל לא יחזיר משמע רק שנטלה ואף על גב דלא הוליכה לשום מקום לא יחזיר
ויש לפרש דמיירי הכא בספק אבידה דאפי' הניחה בעלים שם מדעת דומה ששכחוהו דבלא משתמר כ"א קצת מיירי דומיא דמתני' דעל מתני' 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 יתייטשו הבעלים היכא דהגביה הוי מחויב בשמירתה מספק לרבה הוי שומר חנם ולרב יוסף שומר שכר עד שתבא ליד הבעלים ולא דמי לזקן ואינה לפי כבודו דאמר רבה בפרקין הכישה נתחייב בה ואמרינן בהמוכר את הספינה (ב"ב דף פח.) אימור דאמר רבה בבעלי חיים דאנקטינהו נגרי ברייתא אבל בשאר דברים לא היינו משום דזקן לא מיחייב בהשבה כלל ולכך כי יחזיר למקומה אינו חייב בשמירתה וכן צלוחית דפרק הספינה (שם דף פז:) לא מיחייב כלל בנטילה דאבידה מדעת היא ואינו חייב כלל בהשבתה אבל הכא אם היה יודע שהיא אבידה היה חייב ליקחנה ולהשיבה לבעלים אם היה יודע של מי הם עתה שהוא ספק אם הגביה חייב בשמירתה כדן אבידה ממש

וכן משמע בפרק הספינה (שם) דקאמר צלוחית אבידה מדעת היא משמע דאם לא היתה אבידה מדעת א"ש דמחייב בנטילתה ועובדא דירושלמי דקאמר דאימור אתא מריה ולא אשכחיה מיירי שמצאו במקום שמשתמר לגמרי שלא היתה אבידה ואינה בת השבה ולכך אי לא הוה לן למיחש לאתא מריה יחזיר שפיר וכן משמע דסתם חפיסה יש בו סימן ואי לא הוה משתמר לגמרי א"כ שפיר עשה שנטלה ואמאי אמר דלאו יאות עבד וכן הא דתניא לקמן (דף לא.) מצא טלית או קורדום בצד גדר אין זו אבידה ולא יגע בו אפילו יש בו סימן מיירי במקום המשתמר אי נמי התם לדעת הונח שם ולא יגע בו אפילו יש בו סימן דדרך פועלים שמניחים טלית או קורדום בצד גדר של אותה שדה ולפירוש רש"י דפירש דלא יחזיר דליכא איניש דיהיב סימנא קשה דפשיטא דלא יחזירו לשום אדם שאינו יודע מי הם הבעלים כיון שאין בו סימן.

תוספות הרא"ש בבא מציעא כה, ב

ואי שקיל להו לית ליה סימנא בגוייהו. ומשמע דאי אית ליה למריה סימן בגוייהו נוטל ומכריז, ואף על גב דתניא לקמן קורדום בצד גדר וטלית בצד גדר אין זו אבדה ולא יטול, יש לחלק דקורדום וטלית בצד גדר הוא דלא חשיב אבדה שדרך עושה מלאכה בשדה להניח קורדום שעודר בו או טליתו בצד גדר לפי שעה אפי' כשמתרחק קצת, אלא גוזלות הם מהולכי דרכים שהצניעום שם ליטלם לאלתר ושכחום הילכך אם יש בו סימן נוטל ומכריז שאם לא יטלם שמא יבא גוי ויטלם ויאבדו, אי נמי ההוא דלקמן מקום הצנע יותר ודמי למתני' דמצא כלי באשפה מכוסה לא יגע בו.

רמב"ם גזילה ואבידה ט"ו

(א) 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. ואם יבוא ליטול אותה, והיה דבר שאין בו סימן, הרי איבד 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. היה דבר שאין בו סימן, זכה בו ואינו חייב להחזירו. +/השגת הראב"ד/ היה דבר שאין בו סימן זכה בו. א"א דבר זה אינו מחוור אצלי שיזכה בו לעצמו לעולם אלא יעמוד בידו עד שיבא אליהו. + (ב) וכל דבר שיש בו סימן, בין דרך הנחה בין דרך נפילה, בין ברשות היחיד בין ברשות הרבים, חייב להכריז: כיצד דרך הנחה, כגון שמצא חמור או פרה רועין בדרך ביום, או שמצא כלי מכוסה באשפה, הרי זה לא יגע בהן, שנאמר "נדחים" (דברים כ"ב:א). אבל אם מצא חמור וכליו הפוכין, ופרה רצה בין הכרמים, או כלי מגולה באשפה, הרי זו אבידה, ונוטל ומכריז:

חדושי הריטב"א בבא מציעא כה, ב

מתני' מצא אחר הגפה או אחר הדלת או בשביל שבשדות. פירוש וזה מקום המשתמר קצת, וגוזלות מקושרות נמי אפשר שבאו שם בדרך נפילה או שכחה או שבאו בדרך הנחה להצניעם שם לפי שעה ומשום הכי קרי להו בגמ' ספק הינוח, ודוקא מקושרין דאלו מפריחין ודאי דרך נפילה הם ודינם כמצאיה דעלמא דמקום לא הוי סימן, ואם אין בהם סימן הרי הם שלו ואם יש בהם סימן נוטל ומכריז, וסיפא דקתני מצא כלי באשפה אם מכוסה לא יגע בו משום דזה לא בא בדרך נפילה וגם לא בדרך הנחת שכחה שאין אדם יושב באשפה אלא ודאי הינוח דהצנעה הוא ובאשפה שאינה עשויה להפנות דהוא סבור שהוא מקום המשתמר ולפיכך לא יגע בו, ואם מגולה הא ודאי דרך נפילה בא שם הילכך נוטל ומכריז כשיש בו סימן דאלו מקום לא הוי סימן דהא אתי דרך נפילה וכדכתיבנא לעיל.

חדושי הרמב"ן בבא מציעא כה, ב

והוי יודע דכל שכן בדבר שיש בו סימן שאינו רשאי להחזירה למקומה שמשגגיה ע"מ להחזירה נתחייב בה ושומר של בעלים הוא ואפי' לא זז משם לא יחזירנה לשם, אבל בדבר שאין בו סימן אם לא זז משם יחזיר שכיון שאינו רשאי ליטלה לא נתחייב בה, ועוד שמא דרך נפילה הואי ולא נתיאשו הבעלים הואיל ויש בו סימן ומחייב בהשבה גמורה שהרי לא הניחוה שם מדעת והוא שומר אבדה דכשומר שכר דמי, **ולהכי נקט דבר שאין בו סימן משום דדבר שיש בו סימן לכתחלה יטול כדאמר' ולית ליה סימנא בגויהו וכו' הילכך נשבקינהו, ואקשי' נמי ונהוי קשר סימן ומקום סימן אלמא אי אית ביה סימנא לישקלינהו, וה"מ במקום שאינו משתמר לגמרי אבל במקום המשתמר לגמרי לא יטול, שכך שנינו מצא כלי באשפה אם מכוסה הרי זה לא יגע בו ואי דרך נפילה ודאי הוא נוטל ומכריז דכל דרך נפילה לאו שמור הוא לבעלים והיינו סכיני והמנקי, וזהו כלל אבידה.**

חדושי הרשב"א בבא מציעא כה, ב

ונמצא כלל אבדה, כל שאין בו סימן והוא דרך נפילה הרי הוא שלו אם הוא דבר שיש לומר שהרגישו בו בעלים כגון זוזי דחשיבי או מידי דיקיר כדאיתא בריש פרקין, ואם הוא ספק הינוח ואין בו סימן הרי זה לא יטול ואם נטל לא יחזיר, ואם יש בו סימן נוטל ומכריז דהיינו אבדה דחייבה תורה להזקק לה ליטול ולהכריז, והיינו דאקשינן הכא ולהוי קשר סימן ולהוי מקום סימן כלומר יטול ויכריז ויתן הבעל סימן קשר או מקום וכ"ש שאם נטל לא יחזיר למקום שנטל ואפילו לא זז משם דשמא דרך נפילה באו שם וחייב הוא ליטפל בה, ואם החזירה שם מתחייב בה בתשלומין דשומר שכר הוא דשומר אבדה כשומר שכר דמי, ואם הוא ודאי הנוח לא יטול ואם נטל יחזיר למקום שנטל שהרי לרשות בעלים הוא מחזיר בין יש בו סימן בין אין בו סימן והוא שלא זז משם ואם זז משם כשאין בו סימן לא יחזיר כטעמא דמפרש בירושלמי, ואפילו יש בו סימן גם כן י"ל שלא יחזיר שמא באו בעלים ולא מצאוהו ולא יוסיפו לבקש שם ויבא מי שאינו הגון ויטלנה וכיון שנטלה זה נתחייב בה, אבל היכא דלא זז משם אף על פי שיש לה סימן למקום שנטל יחזיר.

חדושי הריטב"א בבא מציעא כה, ב

ובודאי שהסוגיא למאן דלא דחיק לה מוכחא כפי' התוס' ורש"י ז"ל שלא אמרו ספק הנוח לא יטול אלא בדבר שאין בו סימן דאי שקיל להו אבוד הוא לבעלים דלית להו סימנא למיהב ולמשקלינהו, וכיון דכן מוטב שיניחן במקומן כיון דאפשר שהונחו שם לדעת שאם יניחם שם אפשר שיבאו הבעלים ויטלום, ואפילו היו אבודין לו שם כיון דלאו אבדה מדעת היא דמקום המשתמר קצת הוא מוטב שיאבדו לו מאיליהן ולא יאבדו בודאי בנטילתו של זה, הא כל היכא דאית בהו סימן דכי מכריז זה יבאו בעלים ויתנו סימן ויטלוהו מוטב שיטלם זה ויכריז משיניחם שם כיון דאפשר שבאו שם בדרך נפילה ואין זה מקום המשתמר לגמרי, והיינו דפרכינן ולהוי קשר סימן ולהוי מקום סימן כלומר ויטול ויכריז דאלמא כל היכא דאיכא סימן דין הוא שיהא נוטל ומכריז, ומיהו כשהוא ודאי הנוח כגון קרדום בצד גדר וכיוצא בו כיון שהוא במקום המשתמר וגם לא באו שם דרך נפילה אלא דרך הצנעה בהא ודאי קתני תנא לא יגע בו, ואפילו יש בו כמה סימנים שאין זו אבדה שאנו חייבין ליטפל בה, והיינו מתני' דמצא כלי באשפה וקרדום בצד גדר דהתם ודאי הנוח הוא במקום המשתמר, והשתא היינו דאיכא בין ספק הנוח לודאי הנוח, ואף על גב דאמרין ספק הנוח לא יטול לא כל ספק הנוח קאמר אלא כשהוא דבר שאין בו סימן ולא הוצרך לפרש כי הסברא מוכחת עליו ואיהו מפרש אנפשיה, וזו שיטת התוספות.

אבל יש מפרשים וזה דעת מורינו דסתמא נקט כל ספק הנוח לא יטול, דעל הספק עשאוהו כודאי הנוח, והא דאמרין בגמרא דכיון דלית להו סימנא וכו' טעמא ריחא 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 אפי' יש בהם סימן בקשר וכיוצא בו לא יטול, והא דאמר רב זבדא ספק הינוח לא יטול ה"ק דאפי' ספק הנוח לא יטול וכ"ש ודאי הנוח דההוא פשיטא, זהו תורף דבריהם והאמת מורה דרכו.

והא דאמרינן ואם נטל לא יחזיר. פרש"י לא יחזיר לבעלים דכיון דלית ביה סימן לא יחזיר אלא בעדים, והקשו עליו בתוספות חדא דא"כ פשיטא דלא יחזיר, ועוד דלקמן (ל"ז ב') אמרי' גבי גזל אחד מחמשה מהם ואינו יודע איזה מהם גזל שמניח גזילה ביניהם ומסתלק ופרכינן ושקלי להו ואזלי והאמר ר' אבא בר זבדא ספק הנוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר, ואם כפרש"י ז"ל מה ענין זו אצל זו דהכא טעמא דלא יחזיר מפני שאין בו סימן ולמאן יהיב ליה, לכך פירש ר"י ז"ל ואם נטל לא יחזיר למקום שנטל כי שמא באו הבעלים בינתיים ולא מצאוהו ושוב לא יחזרו שם דמימר אמרי מאן דשקיל ליה למגזליה שקליה, הילכך מוטב שיטלנו ואם יש בו סימן יכריז ואם לאו יניחנו בב"ד דכיון שבא לידו נתחייב בשמירתו ואם יחזירנו שם לא עביד השבה, והיינו דפרכי' מינה לההיא דגזל אחד מחמשה כי כשנותן ביניהם לא עביד השבה כי היכי דאמרי' הכא דלאו השבה היא, וכן מוכיח בירו' דאמרינן התם ר' אבא בר זבדא אשכח חומרא דמכסי נסביה ואתא בי מדרשא א"ל לא עבדת טיבותא א"ל מהו ניהדריניה אמרו ליה לא אימור אתא מאריה התם ולא אשכח ומימש ע"כ.

ואומר ר"י דדוקא שאחר שנטלו משם הלך למקום אחר בכדי שאפשר שיבאו שם הבעלים וכעובדא דירושלמי דאמר דאזל לבי מדרשא, הא לאו הכי מחזיר הוא למקום שנטל והשבה מעלייתא היא דלמקום שנטל החזיר, והא דקאמר ואם נטל לא יחזיר לאו בכל גוונא קאמר אלא על הדרך שאמרנו, וטעמא דמסתבר הוא, אבל מקצת רבותי פירשו דסתמא אמור רבנן ואם נטל לא יחזיר דלא פלוג רבנן, וכיון שנטלו נתחייב בשמירתו שלא להניחו אלא במקום המשתמר לגמרי, והכא שמא ראוהו הבעלים מרחוק כשהיה נוטלו ואמרו זה שולח יד הוא בממון אחרים ונתיאשו, וכיון דאפשר בשום צד דאיכא פסידא לא יחזיר שם בשיש לו סימן מיהת אלא יטול ויכריז, והפי' הראשון הוא הנכון בעיני.

אשפה העשויה ליפנות אבדה מדעת היא, פירוש דאע"ג דאשפה זו יש לה בעלים שמפנים אותה ליכא למימר דסמיך קצת המניחו שם דלמחר תבע ליה ויהיב סימנייהו ושקיל וכההיא דאמרינן לקמן גבי ראה סלע שנפל, חדא דכיון שדרך אשפה לפנות ע"י שכירים ולקיטים ועבדים ליכא למימר הכי, ועוד דלא ידע למאן תבע, ועוד דהתם הוא במידי דנפל מיניה אבל אין אדם מניח חפציו במקום התורפה על דעת שיתבעם ויטלם בסימניו, אלא ודאי כל שמניחן שם אבדה מדעת היא, ולא למימר שאבדו בידים והפקירו שא"כ למה כסהו, אלא לומר דאיאוש מייאש מיניה ולא מצא מקום להצניעו ואמר אניחנו בכאן במקום כל דהו כנ"ל.

דף כ"ה.

ואם נטל לא יחזיר.

הרמב"ם פסק (פט"ו הל' גזילה ואצידה ה"א) דבאין צו סימן זכה בספק הינות, והראב"ד כתב דיהא מונח. ועיי"ש צמ"מ שהביא דהעיקר כדעת הראב"ד, ואף דמייאש אח"כ הא [נראה ד"ל ל"א] הוי יאוש ואף מספיקא אסור, וכדמוכח מכל תיובתא דבסוגיא דיאוש שלא מדעת דמוחיב מספק יאוש דאסורא.

ואשר יראה לישב דעת הרמב"ם דהנה בהינות הא לא הוי אצידה כלל, וא"כ הא הוי גזילה מי שנטלו, ובספק הינות חשיב ספק גזילה. אכן צמוצא אצידה קודם יאוש כיון דהוי אצידה ודאית, א"כ הוי משיב אצידה ובספק חשיב ספק מוצא אצידה. והנה יעו"ש צ"ק דף קי"ד, נטלו מוכסין חמורו ונתנו לו חמור אחר הרי הוא שלו מפני שנתייאשו הבעלים. וכבר הקשו שם כל הראשונים (א) דהא יאוש דאיסורא לא קני. ועיין ברמב"ם בהלכות גזילה (פ"ה ה"י) שכתב הטעם מפני שהוא ספק גזילה, וחזינן לדעת הרמב"ם דודאי יאוש וספק גזילה קני. ולפי"ז הכא גבי ספק הינות כיון דהוי ודאי יאוש וספק גזילה שפיר מותר וזכה בו.

והנה יעו"ש צמלחמות (לקמן דף כ"ו): שכתב דלהכי לא מהניא יאוש גבי מוצא אצידה מפני שהיא ברשות בעליו. ולפי"ז [הא] נמצא דגבי אצידה ליכא יאוש כלל [וגם יאוש ושינוי רשות או שינוי [הש]ם דמהניא גבי גזילה לא מהניא גבי אצידה], וא"כ בספק שומר אצידה הוי הספק בהיאוש וע"כ צאמת לא מהניא, משא"כ בספק הינות דהוי [ספק] גזילה והוי ודאי יאוש שפיר זכה בו וכש"נ. והראב"ד לטעמי' אזיל דכתב שם (ב) הטעם דהוי שינוי רשות, וחזינן לדעת' דיאוש לתוד לא מהניא אף בספק גזילה, וע"כ שפיר [כתב] הכא דיהא מונח וכש"נ.

(א) עיין שם ברש"י ד"ה הרי ובחוס' שם דף ס"ז: סד"ה אמר.

(ב) צ"ק דף קי"ד. הוצא בחדושי הרשב"א שם ד"ה תנא.

רשימות שעורים (רי"ד סולובייצ'יק) בבא מציעא כה, ב

ענין ספק הינוח

א

בדין ספק הינוח לא יטול

עיין ברש"י (ד"ה ואם נטל לא יחזיר) וז"ל דליכא דיהיב סימנא עכ"ל. ומבואר דרש"י מפרש דלא יחזיר למי שבא וטוען דהוי שלו משום שאינו נותן סימן. ועיין בתוס' ד"ה ואם נטל ... ומבואר דתוס' מפרשים "ואם נטל לא יחזיר" היינו שלא יחזיר למקומו דנתחייב בשמירה מספק. והתוס' ס"ל דהא דאמרינן "ספק הינוח לא יטול" היינו בדבר שאין בו סימן שנמצא במקום המשתמר קצת, אמנם אי הוי דבר שיש בו סימן יטול ויכריז באופן שנמצאה האבידה במקום המשתמר קצת, אולם אם היא במקום המשתמר לגמרי לא יגע בה דאינה אבידה. ... אמנם מסתימת לשון הרמב"ם משמע דס"ל דספק הינוח לא יטול אף בדבר שיש בו סימן (וכן דייק המגיד משנה בדעת הרמב"ם עיין שם), ועוד יש לדייק דהרמב"ם לא חילק כלל בין מקום המשתמר למקום שאינו משתמר, ומשמע דס"ל דספק הינוח לא יטול אף בדבר שיש בו סימן שנמצא במקום שאינו משתמר כלל.

ולפי"ז נמצא דנחלקו הראשונים בתרתי,

(א) אם נמצאה האבידה במקום המשתמר קצת ויש בה סימן - דלפי הרמב"ם לא יטול אלא יניחנה במקומה, ואילו לדעת הרשב"א והמ"מ יטול ויכריז.

(ב) אם נמצאה האבידה במקום שאינו משתמר כלל ויש בו סימן דלהרמב"ם לא יטול ולשאר הראשונים נוטל ומכריז. וצ"ב מהו יסוד מחלקותם.

ולכאורה היה נראה לפרש בב' אופנים,

(א) כשמצא את האבידה במקום המשתמר קצת החפץ הוי אבוד מאחר שיתכן שיבא אדם ויקחנו לעצמו. אמנם הרמב"ם סובר דאעפ"כ לא יטול משום דשמא הבעלים לא ישמעו את ההכרזה, ויתכן שאם יטול ויכריז יגרום הפסד ממון לבעלים שלא ישמעו ההכרזה ויחזרו ליטלו ממקום הנחתו ולא ימצאוהו ויפסידו את ממונם. ואף על פי שיש ספק איסור דלא תוכל להתעלם ס"ל להרמב"ם דבכה"ג שוא"ת עדיף. ואילו שאר הראשונים סברי דשוקלים את האפשריות, ומכיון שיש צד שאם לא יטול ויניחנה במקומו אזי עשוי לבא א' מן השוק ויטלו ויאבד ממון הבעלים אמרינן דהמוצא יטול ויכריז, ואף על פי שיש סיכוי שלא ישמעו הבעלים ההכרזה ויפסידו את ממונם, מ"מ שוקלים הסיכויים לקיים השבה מול הסיכוי שיגרום הפסד לבעלים. ואמרינן דעדיף ליטול ולהכריז. ולפי"ז יתכן דפלוגתא זו נוגעת לכהת"כ אי שוקלים האפשריות והסיכויים של הצלחת פעולה מול הסכנה של הפסד אם יעשו את הפעולה, ואם הרוב מכריע דהאפשרות להרויח יותר גדול מהאפשרות של הפסד אזי לוקחים את הסיכון (ולמשל בשאלה האם לעשות ניתוח מסוכן או לא), או דמ"מ שוא"ת עדיף.

(ב) יתכן לפרש דזוהי מחלוקת מסוימת רק בדיני השבת אבידה, דהרמב"ם סובר דמכיון דהוי ספק הינוח ויש אפשרות שאם יטול המוצא את האבדה ויכריז יגרום הפסד ממון לבעלים, משו"ה לא חל בספק הינוח האיסור דלא תוכל להתעלם. ואילו שאר הראשונים ס"ל דמכיון דאילו היה יודע מי הם הבעלים היה חייב להחזיר להם אזי חל האיסור דלא תוכל להתעלם, ולפיכך בספק הינוח הוי ספק לא תוכל להתעלם - וספק מה"ת לחומרא, ולכן אם יש בו סימן חייב ליטול ולהחזיר. ומאידך הרמב"ם סובר דמכיון שאם יטול יש אפשרות שיזיק ויפסיד את ממון הבעלים לא חל הלאו דלא תוכל להתעלם, דספק הפסד והיזק לבעלים מפקיע את הלאו דלא תוכל להתעלם. ועיין ברמב"ם (פט"ו מהל' גזלה ואבדה ה"א) שכתב דלא יגע בו באופן שנמצאה האבידה בדרך הנחה, ואח"כ הוסיף דאף בספק הינוח לא יטול. ונראה דהיכא דמצאה בדרך הנחה ליכא לאו דלא תוכל להתעלם דהוי הנחה מדעת ולא הוי אבידה כלל, וה"ה בספק הינוח לא חל לאו דלא תוכל להתעלם. משא"כ התוס' ס"ל דאף בודאי הינוח אם יש בה סימן והוי במקום שאינו משתמר כלל צריך ליטול ולהכריז, דהתוס' סברי דהחפץ הוי אבוד מחמת דהוי במקום שאינו משתמר. ויש להוסיף דלפי"ד הגר"ח צ"ל דהגוזל ע"מ לשלם עובר באיסור גזילה, י"ל שאם מצאה בדרך הנחה יש איסור גזילה לנוטלה ואפילו אם נטלה ע"מ להחזירה, ולפי"ז י"ל דספק הינוח הוי ספק איסור דלא תגזול, ואתי שפיר שיטת הרמב"ם דאף אם יש בו סימן בספק הינוח לא יטול, דהספק שמא יעבור על איסור גזילה בידיים מתיר הלאו דלא תוכל להתעלם, ומשו"ה קיי"ל דספק הינוח לא יטול בכל גווני. ואילו לפי התוס' דס"ל דבספק הינוח אם יש בו סימן נוטל ומכריז, י"ל דהיינו משום דמאחר שנוטלו ע"מ לקיים מצות השבת

אבידה ליכא שום איסור דלא תגזול, ומכיון שיתכן שיקיים מצות השבה עדיף ליטול החפץ מלהשאירו במקומו.

ובמצא אבידה במקום שאינו משתמר כלל אם יש בו סימן לפי התוס' נוטל ומכריז אף על פי שנמצא בדרך הנחה, דהוי אבוד מחמת שנמצא במקום שאינו משתמר כלל והוי בכלל מצות השבת אבידה. ואילו הרמב"ם סובר דלא יטול משום דס"ל דיש גזה"כ מיוחדת דבעינן "נדחים בדרך" להיות בכלל אבידה, ואם החפץ נמצא בדרך הנחה אינו בכלל "נדחים", וכמוש"כ הרמב"ם (בפס"ו מהל' גזו"א ה"ב) וז"ל כיצד דרך הנחה כגון שמצא חמור או פרה רועים בדרך ביום או שמצא כלי מכוסה באשפה הרי זה לא יגע בהן שנאמר נדחים אבל אם מצא חמור וכליו הפוכים ופרה רצה בין הכרמים או כלי מגולה באשפה הרי זה אבידה ונוטל ומכריז עכ"ל.

והנה עיין ברמב"ם (פ"א מהל' גזלה ואבדה ה"א) וז"ל המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו כיצד הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו השליך כיסו ברה"ר והלך לו וכל כיוצא בזה, הרי זה אבד ממונו לדעתו. ואף על פי שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו אינו זקוק להחזיר שנאמר אשר תאבד פרט למאבד לדעתו עכ"ל. ונראה דיש שתי הלכות ברמב"ם דין אבידה מדעת (בפ"א מהל' גזו"א ה"א) ודין הנחה מדעת (פס"ו מהל' גזו"א ה"ב). ובדין אבידה מדעת (בפ"א מהל' גזו"א ה"א) פסק דליכא כלל איסור דלא תוכל להתעלם ומצות השבת אבידה, ואפילו אם נטלו אינו חייב להכריז ולהחזיר את האבידה לבעלים. משא"כ (בפס"ו מהל' גזו"א ה"ב) כשמצא אבידה בדרך הנחה כתב הרמב"ם "לא יגע בהן שנאמר נדחים", ונראה דר"ל דלכתחילה לא יגע בהן ואינו זקוק להן, אבל בדיעבד אם נטלו חייב להכריז (אף על פי שאינו נדח). דהגזה"כ דנדחים הוי רק פטור מהלאו דלא תוכל להתעלם, אבל אף אם אין החפץ "נדחים" חל בו מצות עשה דהשבת אבידה. וי"ל דאם אינו נדח אין החפץ "אבוד" אולם לאחר שנטלו והגבירו הו"ל "אבוד" וחל בו מצות השבת אבידה. משא"כ בגוונא דאבידה מדעת (בפ"א מהל' גזו"א ה"א) דהו"ל "אבוד" מעיקרא ואין נטילת החפץ עושה החפץ לאבוד, וליכא מצות השבת אבידה משום דהו"א אבידה מדעת. אמנם אף על פי שאין מצות השבת אבידה ולא דלא תוכל להתעלם חלין באבידה מדעת מ"מ אין היתר ממון ליקח את החפץ לעצמו.

אולם יש לעיין מ"ש אבידה מדעת דליכא בה היתר ממון מאבידת עכו"ם ואבידה פחות משו"פ דחל בהו היתר ממון להתירה למוצא מחמת חלות שם אבידה שבחפצא. ונראה לומר דהפטור דאבידה מדעת שנלמד מקרא דאשר תאבד ממנו הוי פטור רק מהקום עשה דהשב תשיבם אבל עדיין חל באבידה מדעת איסור עשה דהשב תשיבם - דאסור ליקח את האבידה לעצמו. משא"כ באבידת עכו"ם ואבידה פחות משו"פ פרוטה ליכא אפילו האיסור עשה דהשב תשיבם, ומשו"ה האבידה מותרת.

א"נ י"ל דאבידה מדעת אינה אבידה כלל, דמופקעת היא לגמרי מחלות שם אבידה, ומשו"ה לא חלין בה מצות השבת אבידה כלל, ואף אם נטלה לא קנה המוצא דדוקא אבדה גמורה קנויה למוצאה. משא"כ אבידת עכו"ם ואבידה פחות משו"פ דחל בהן חלות שם אבידה אך אין בהן מצות השבת אבידה, ומכיון דהויין אבידות גמורות אך בלי מצות השבה הנוטלן קנאן מדין אבידה. מאידך בהנחה מדעת אין החפצא אבידה כל זמן שהיא מונחת. אך משנטלה המוצא נעשה החפצא לאבידה וחייב להחזירה דחל עליה מצות השבת אבידה דדין "נדחין בדרך" אינו תנאי בחלות שם אבוד - דאפילו אם אין החפץ נדח בדרך הוי אבוד - אלא דחל תנאי בעלמא באיסור לא תוכל להתעלם דאם אינו בכלל "נדחין בדרך" חל בו פטור מאיסור העלמא. ויש חילוק בין חפץ שמונח מדעת לבין אבידה מדעת, דבאבידה מדעת החפצא לגמרי מופקעת מחלות שם אבידה ודין השבה, ואף אם משיבה אינו מקיים מצות השבת אבידה, משא"כ בחפץ שמונח מדעת דהוי אבידה אלא דפטור מלאו דלא תוכל להתעלם דאינו בכלל "נדחים", אך משנטלה חלה עליו מצות עשה דהשבת אבידה ושפיר מקיים בה מצות השבת אבידה.

ב

ביאור שיטת הרמב"ם דספק הינוח לא יטול ואם נטלו זכה בו עיין ברמב"ם (פס"ו מהל' גזו"א ה"א) וז"ל 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 בו 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 להחזירה לשם. ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א דבר זה אינו מחזור אצלי שיזכה בו לעצמו לעולם

אלא יעמוד בידו עד שיבא אליהו עכ"ל. ועיין במגיד משנה שם וז"ל זו באמת קשה בודאי והיאך יזכה בו ויהיה שלו, והלא קודם יאוש בא לידו ואין צ"ל בודאי הניח דלאו כל כמיניה לנטלו ויזכה בו אלא אפילו ספק הינוח ודאי לא זכה בו, דהא ספקא הוא אם הוא דרך נפילה זכה בו כדן המוצא דבר שאין בו סימן או שהוא דרך הנחה והרי בא לידו קודם יאוש וספקא בכה"ג לחומרא, וכמש"כ בפ"ד ה"ה ביאוש שלא מדעת, וכבר השיגו הר"א ז"ל וכתב יעמוד עד זמן אשר יבא אליהו והאמת כדבריו וכ"כ הרמב"ן ז"ל זה לשונו ואיהו לא קני בהאי יאוש דבאיסורא אתא לידיה, וכן דעת הרשב"א ז"ל וכן דעת רבנו יונתן ז"ל עכ"ל.

ובכתבי הגר"ח זצ"ל משיעוריו בוואלאזין (עיין בשיעורי רבנו חיים הלוי עמ"ס ב"מ דף כה א ד"ה ואם נטל לא יחזיר) כתב ליישב את שיטת הרמב"ם, וז"ל ואשר יראה ליישב דעת הרמב"ם דהנה בהינוח לא הוי אבידה כלל, וא"כ הא הוי גזילה מי שנטלו, ובספק הינוח חשיב ספק גזילה. אכן במוצא אבידה קודם יאוש כיון דהוי אבידה ודאית, א"כ הוי משיב אבידה ובספק חשיב ספק מוצא אבידה. והנה יעווי"ש בגמ' ב"ק (דף קיד א) נטלו מוכסין חמורו ונתנו לו חמור אחר הרי אלו שלו מפני שנתייאשו הבעלים. וכבר הקשו הראשונים (עיין שם ברש"י ד"ה הרי ובתוס' דף סז ב ד"ה אמר) דהא יאוש דאיסורא לא קני. ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' גזלה ה"ה) שכתב הטעם משום ספק גזילה וז"ל נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו כסות אחרת נטלו חמורו והחזירו לו חמור אחר הרי אלו שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתן שנתיאשו הבעלים מהן ואינו יודע בודאי שזו גזלה וכו' עכ"ל. וחזינן לדעת הרמב"ם דודאי יאוש וספק גזילה קני. ולפי"ז הכא גבי ספק הינוח כיון דהוי ודאי יאוש וספק גזילה שפיר מותר זכה בו. והנה יעווי"ן ברמב"ן (במלחמות ה' דף כו ב) שכתב דלהכי לא מהניא יאוש גבי מוצא אבידה מפני שהאבידה ברשות הבעלים דרשות השומר כרשות הבעלים דמי. ולפי"ז הא נמצא דגבי אבידה ליכא יאוש כלל וגם יאוש ושינוי רשות או שינוי השם דמהני גבי גזילה לא מהני גבי אבידה, וא"כ בספק שומר אבידה הוי ספק בהיאוש, וע"כ באמת לא מהניא, משא"כ בספק הינוח דהוי ספק גזילה והוי ודאי יאוש שפיר זכה בו וכש"נ. והראב"ד לטעמיה אזיל דכתב שם הטעם דהוי שינוי רשות וחזינן לדעתיה דיאוש לחוד לא מהניא אף בספק גזילה, וע"כ שפיר כתב הכא דיהא מונח, וכש"נ עכ"ל הגר"ח זצ"ל.

הגר"ח זצ"ל ביאר דלשיטת הרמב"ם ודאי יאוש וספק גזילה קני, וכדמוכח ממה שפסק (בפ"ה מהל' גזילה ה"ה) לענין נטלו מוכסין חמורו והחזירו לו חמור אחר. **וה"ה לגבי ספק הינוח אם נטלה זכה בה דהוי ספק גזילה וודאי יאוש.**

ונראה לבאר דברי הגר"ח זצ"ל דיאוש מועיל לקנות בספק גזילה משום דהמוצא הוי תפוס, וליכא חזקת מרא קמא מאחר שנתיאשו הבעלים, דאע"ג דבעלמא יאוש בכדי לא קני בגזילה מ"מ מהני היאוש לבטל החזקת מרא קמא של הבעלים, ואם נטלו זוכה המוצא מספק. אמנם נראה דכ"ז רק בספק גזילה דחל חלות שם יאוש בכדי בגזילה, דאע"פ שאינו קונה אך מ"מ היאוש מועיל להפקיע החזקת מרא קמא, והמוחזק התופס זוכה מספק. **משא"כ יאוש בספק אבידה דאם נטלה קודם יאוש ליכא חלות יאוש כלל, וחזקת מרא קמא קיימת ולכן אין התופס זוכה בה כנגד המרא קמא, דלית ליה לתופס טענה וחזקת מרא קמא עדיפא מתפיסה בלי טענה.**

אמנם יל"ע בדברי הגר"ח זצ"ל דלכאורה גם כשהאבידה נמצאה בדרך הנחה הריהי אבידה, והא דאינו חייב בהשבה לשיטת הרמב"ם הוא מגזה"כ מיוחדת לענין הל"ת דלא תוכל להתעלם דבעינן "נדחים בדרך", דאם נמצא החפץ בדרך הנחה לא הוי בכלל "נדחים בדרך", ומותר להתעלם ולא לקחתה (וכמש"נ לעיל). וא"כ צ"ע מדוע נקט הגר"ח דבודאי הינוח חל איסור גזילה כשנטלו, דלכאורה אי הוי אבוד ואינו ברשות הבעלים אינו עובר על איסור גזילה בנטילתו אלא על איסור מזיק. ועוד יש להעיר דאפילו אי נימא דנדחין הוי שיעור בחלות שם אבוד, ואם נמצא החפץ בדרך הנחה לא הוי אבוד כלל, ואסור ליטלו מדין גזילה, מ"מ נראה דליכא בנטילת החפץ קניני גזילה וקעבר רק על איסור גזילה, דהוי כגזול ע"מ להחזיר דליכא קניני גזילה, ורק עבר על איסור גזילה, וא"כ צ"ע אמאי מהני יאוש דלכאורה יאוש חל ומועיל לקנות רק היכא דיש קניני גזילה. ומבואר לפי"ז דהגר"ח זצ"ל נקט דנדחין הוי שיעור בחלות שם אבוד ואינו תנאי בעלמא במצות השבת אבידה.

ויתכן לומר דמכיון דהוי דבר שאין בו סימן אזי י"ל דכשנטלה אינו נטלה ע"מ להחזירה דהרי אין בה סימן, אלא נטלה ע"מ שיהא מונח עד שיבא אליהו, ואף נטילה זו נחשבת כגזילה גמורה עם קניני גזילה, משום דנטל את החפץ מהבעלים ומונע מהם ליהנות מהחפץ. ודמי לזורק מטבע לים הגדול במים עכורים (ב"ק צח. ד"שקליה בידיה מיגזל גזילה") דאסור משום גזילה, אף על פי שאין הזורק נטל את המטבע לעצמו, אלא מאבד את המטבע מהבעלים ומונע מהם להשתמש בו. אמנם עיין בתוס' (ב"ק דף נו ב ד"ה פשיטא) שכתבו בשם הירושלמי דהא דתנן (ב"ק נה ב) הוציאוה ליסטים מן הדיר והזיקה חייבים הליסטים לשלם, מיירי שהוציאוה ע"מ לגזלה דאזי חייבים בתשלומי נזק, משא"כ אם הוציאוה ע"מ לאבד דפטורין. ודיקו האחרונים דלפי הירושלמי אם הוציאוה הליסטים ע"מ לאבד אינם חייבים בתשלומי נזק, ומשמע דהירושלמי ס"ל דהגזול ע"מ

לאבד אינו גזלן כלל, מכיון שאינו לוקח את החפץ לעצמו. וא"כ שוב צ"ע בדברי הגר"ח זצ"ל דנקט דהנוטל אבידה בספק הינוח הוא ספק גזילה.

ברם הגר"ח זצ"ל נקט דהגוזל ע"מ לאבד הוא גזלן וחייב בהשבת הגזילה. והא דאיתא בירושלמי דבגוזל ע"מ לאבד פטור מניזקין י"ל דהיינו משום דנהי דהגוזל ע"מ לאבד עבר על איסור גזילה, ומשו"ה חייב באחריות ובמצות השבה אבל בגוזל ע"מ לאבד ליכא קניני גזילה שלא התכוון לקנות החפץ, ומשו"ה אינו חייב בניזקין מדין בעל המזיק. ולפי"ז אמר הגר"ח זצ"ל דאף שואל שלא מדעת דהוי גזלן אמנם היינו רק לענין איסור גזילה אולם ליכא לשואל שלא מדעת קניני גזילה ומשו"ה סובר הראב"ד (בשיטמ"ק לב"ק דף צז א ד"ה אי נחית) דשואל שלא מדעת חייב במתה מחמת מלאכה ובאונסין אמנם אינו קונה בשינוי. והביאור בזה הוא דשואל שלא מדעת עבר על איסור גזילה ומשו"ה חייב באחריות וחייב באונסין, אולם אין חלות קניני גזילה ולפיכך אינו קונה בשינוי. אולם נראה דיאוש מועיל בגוזל ע"מ לאבד, דיאוש אינו חל מדין קנין גזילה אלא מדין קנין אבידה, דכל גזילה נמי היא אבידה וכדחזינן מהגמ' בב"ק (דף סו א) שלמד דין יאוש בגזילה מדין יאוש דאבידה, דכל גזילה היא נמי אבידה. ולכן אף על פי שאין לגוזל ע"מ לאבד קניני גזילה, מ"מ חל דין יאוש בגזילתו מדין אבידה ומועיל היאוש בספק גזילה להפקיע את החזקת מרא קמא, ומשו"ה המוצא יכול לתפוס את האבידה ולזכות בה מספק.

ועוד אמר הגר"ח זצ"ל ליישב את שיטת הירושלמי, דיתכן דיש נפ"מ בגוזל ע"מ לאבד בין אם מאבד החפץ בידיים לבין ציור שנאבד ממילא, דהירושלמי פוטר מתשלומי נזק דוקא היכא שהבהמה נאבדה מאיליה, דאזי אינו גזלן כלל. משא"כ בזרק מטבע לים דעביד מעשה איבוד בידיים הריהו גזלן גמור. ולכאורה יש להביא ראייה לחילוק זה מדברי הרמב"ם (פ"א מהל' גניבה הי"ד) וז"ל גנב בהמה או כלי וכו' ובשעת הגניבה היה שוה ארבע ועכשיו בשעת העמדה בדין שוה שנים משלם קרן כשעת הגניבה ותשלומי כפל או ד' וה' כשעת העמדה בדין, היה שוה בשעת הגניבה שנים ובשעת העמדה בדין ארבע אם שחט או מכר או שבר הכלי או אבדו משלם תשלומי כפל או ד' וה' כשעת העמדה בדין, ואם מתה הבהמה או אבד הכלי מאליו משלם תשלומי כפל כשעת הגניבה עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק שאם נאבד החפצא הגנוב מאליו הגנב משלם כפל כפי השער הכי זול בין שעת הגניבה לבין שעת העמדה בדין. משא"כ אם הגנב איבד את הגניבה בידיים משלם כפל כפי שעת העמדה בדין. ונראה דהרמב"ם סובר דמעשה מזיק של איבוד הגניבה בידיים מהוה מעשה גניבה המחייב כפל, דאיבוד החפצא מצטרף ומשלים את הגניבה הראשונה. ומשום כך ס"ל דהגנב מתחייב לשלם כפל יותר מכפי השיווי בשעת מעשה הגניבה הראשון. ולפי"ז יתכן דיש חילוק בגזילה בין הגוזל ע"מ לאבד בידיים לבין הגוזל ע"מ לאבד מאליו, דהגוזל ע"מ לאבד בידיים הוא גזלן גמור, דאיבוד החפצא בידיים מצטרף ומשלים את מעשה הגזילה. משא"כ הגוזל ע"מ לאבד מאליו אינו גזלן כלל.

אמנם יתכן לבאר שיטת הרמב"ם באופן אחר מדברי הגר"ח זצ"ל עפי"ד הכס"מ שם שתירץ את קושיית המ"מ, וז"ל ואפשר לומר לדעת רבנו דהא דאמרינן בר"פ אלו מציאות (כא ב) בפלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת, הוא בדבר שאין בו סימן, ואיפסקא הילכתא 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 להחזירה כמש"נ, ממילא זכה בהם. דאין לנו לומר שיעמדו עד שיבוא אליהו אלא היכא דאתמר הכי בהדיא עכ"ל. ומבואר דהכס"מ סובר דספק יאוש שלא מדעת מותר אם עבר ונטל - דאפילו אם נטל את האבידה קודם יאוש שלא כדיון מ"מ זכה בה משום שאין בה סימן ואינו יכול להחזירה, ולכן זכה בה ממילא. ונראה דהכס"מ מפרש קושיית הגמ' (כא ב) "והא לא ידע דנפל מיניה" דהוי ספק יאוש שלא מדעת, ומשו"ה אסור ליטול המעות לכתחילה ואמאי תנן "הרי אלו שלו" דמשמע שמותר לקחת המעות לכתחילה. וע"ז מתרצת הגמ' דאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה והוי יאוש מדעת. אולם לפי הכס"מ למסקנת הגמ' ספק יאוש שלא מדעת מותר בדיעבד אם עבר ונטלו. וס"ל להכס"מ דבדבר שאין בו סימן לא חל דין באיסורא אתא לידיה לאביי.

והנה יש לעיין בביאור סברת הכס"מ דבספק יאוש אסור ליטול את החפץ לכתחילה אבל אם עבר ונטלו זכה בו. ולכאורה י"ל דלכו"ע אף על פי שנאבדה מ"מ קיימת חזקת מרא קמא ואין עצם חלות שם האבידה מפקיעה החזקת מרא קמא, ומשו"ה אסור ליטלם לכתחילה. והיכא דאם אזלינן בתר חזקת מרא קמא היה זוכה המרא קמא בחפץ אזי אזלינן בתר חזקת מרא קמא. אמנם בציור דספק יאוש, דאין אנו יודעים מיהו המרא קמא - או שהמוצא שתפס יטול את החפץ - או שיהא מונח, לא מהני חזקת מרא קמא לבטל את חזקת התפיסה. ולפי"ז י"ל שנחלקו הכס"מ והמ"מ בחזקת מרא קמא כנגד חזקת תפיסה, דלפי המ"מ חזקת מרא קמא מפקיע ומבטל את זכות התפוס. והכס"מ סובר דאין חזקת מ"מ עדיפא מחזקת תפיסה אא"כ זוכה המרא קמא מחמת החזקה, ובלא"ה מועילה התפיסה. ולפי הכס"מ אף על פי דכשתפס זוכה בממון מדין ספק מ"מ נראה דעי"ז

הויה ממונו בודאי ויכול לקדש בו את האשה. ונחלקו הכס"מ והמ"מ האם חזקת מרא קמא מבטלת לגמרי את התפיסה ומפקיעה קנין אחר (שיטת המ"מ), או"ד דחזקת מרא קמא הויה ראייה אלימתא מהראייה של חזקת תפיסה, אולם היכא דלא ידעינן מיהו המרא קמא אזי מועילה חזקת תפיסה (הכס"מ). ונראה דלפי"ד הכס"מ זכה בו מיד כשנטלו ואילו לפי"ד הגר"ח זצ"ל י"ל דזכה בו רק לאחר שנתיאשו לבסוף.

ועוד יתכן לפרש בשיטת הרמב"ם, דס"ל דבדבר שאין בו סימן לא חל דין באיסורא אתא לידיה אף אם הויה ודאי הינוח, ולפי שאין בה סימן ויש יאוש בעלים זכה בה לעצמו. דהרמב"ם סובר דאע"פ דכשנטל את האבידה עבר בלאו דלא תגזול, מ"מ ליכא בכה"ג קניני גזילה דלא נטלה ע"מ לגוזלה, ודומה להגזול ע"מ לאבד דעבר על איסור גזילה דקעביד מעשה גזילה אבל ליכא חלות קניני גזילה. והרמב"ם סובר דהדין דיאוש אינו קונה בגזילה היכא דבאיסורא אתא לידיה (כדמבואר ב"ק דף ס א) חל רק באופן שחלו קניני גזילה, דקניני גזילה מפקיעים קנין יאוש, אבל היכא דקעבר רק על איסור גזילה בלבד לא חל דין באיסורא אתא לידיה דאיסור גזילה גרידא אינו מפקיע קנין יאוש. ונראה דהרמב"ם סובר דנעשה אבידה ע"י עצם הלקיחה ומועיל בה יאוש אף על פי שנעשה אבודה ע"י גזילה. משא"כ הראב"ד סובר שאינה יכולה להעשות אבידה ע"י לקיחת איסור, ולא חל בה שם אבידה ואין מועיל בה יאוש וע"כ פסק שיהא מונח עד שיבא אליהו.

ולפי"ד הגר"ח זצ"ל חל קנין יאוש רק בספק הינוח, ומש"כ הרמב"ם (פ"טו ה"א) "ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו" היינו רק בספק הינוח, אולם בודאי הינוח הויה ודאי גזילה ולא זכה בו. אולם לפימש"ג דבדבר שאין בו סימן ליכא דין באיסורא אתא לידיה, אזי י"ל דזכה בו לאחר יאוש אף בודאי הינוח. והנה עיין ברמב"ם שפסק (פ"ט מהל" גזילה ואבידה ה"א) וז"ל הגוזל קרקע מחבירו והפסידה כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות וכו' חייב להעמיד לו בית או שדה כשהיו בשעת הגזלה או ישלם דמי מה שהפסיד, אבל אם נשחתה מאליה כגון ששטפה נהר או נשרפה באש שירדה מן השמים אומר לו הרי שלך לפניך. שהקרקע בחזקת בעליה קיימת ואין אחריות הפסדה עליו אא"כ הפסיד בידו מה שאין הדין כן במטלטלין כמו שביארנו עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א תימה הוא זה שהוא לא ביאר כן שהרי עשה העבדים כקרקעות לענין גזילה, שהרי הזקיננו אומר לו הרי שלך לפניך וכו' אבל מ"מ נגזלים הם ונקנין ביאוש דכתיב וישב ממנו שבי, ואמרינן העבד שנשבה ופדאוהו לשם בן חורין אחר יאוש לא ישתעבד לא לראשון ולא לשני אלמא לאו כקרקע דמי דהא קני נפשיה ביאוש, הלכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו שהרי משמת אין שלו לפניו וכשמת לגזלן מת עכ"ל. ועיין בחידושי רבינו חיים הלוי (פ"ט מהל" גזו"א ה"א) שביאר הגר"ח זצ"ל דהראב"ד סובר דאע"פ שעבדים הוקשו לקרקע וקיי"ל דקרקע אינה נגזלת היינו רק לענין שלא חל קניני גזילה בעבדים, אבל מ"מ חל מעשה גזילה בעבדים (משא"כ בקרקע דליכא אפילו מעשה גזילה), ומכיון שחל מעשה גזילה בעבדים הריהו אבודין, וממילא חל בהו יאוש - דהא דחל קנין יאוש בגזילה ילפנין לה מאבידה (עיין ב"ק דף ס א), והיינו משום דעיקר דין יאוש נאמר באבידה אלא דכל גזילה הרי היא בכלל אבידה, ומשו"ה מועיל יאוש בעבדים דהויין אבודים מחמת מעשה הגזילה. ועוד אמר הגר"מ זצ"ל בשם אביו הגר"ח זצ"ל דיש להביא ראייה דיאוש בגזילה חל מדין יאוש דאבידה מהא דאיתא בגמ' בתמורה (דף ו א) דהא דשינוי קונה בגזילה תלוי בדין כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני דאי ס"ל דלא מהני אין שינוי קונה בגזילה, וצ"ע מדוע לא קתני נמי דיאוש קונה בגזילה רק אי ס"ל דאי עביד מהני. ותירץ הגר"ח דיאוש בגזילה אינה קנין גזילה בפ"ע אלא חלות קנין דחל מדין אבידה דכל גזילה נמי הויה אבידה ומשו"ה אף אי ס"ל דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני מ"מ יאוש קונה בגזילה מדין יאוש דאבידה, עכ"ד הגר"ח זצ"ל. ומבואר מדברי הגר"ח זצ"ל דחל שם אבידה בחפצא ע"י מעשה גזילה. ולפי"ז י"ל דהרמב"ם סובר דבדבר שאין בו סימן לא חל דין באיסורא אתא לידיה אף אם הויה ודאי הינוח. דאע"פ דכשנטל את האבידה עבר בלאו דלא תגזול, מ"מ נעשה חפצא של אבידה ע"י עצם הלקיחה, דאע"פ דהויה לקיחה באיסור חל בה שם אבידה, ולפי שאין בו סימן ויש יאוש בעלים זכה בה לעצמו, דמאחר שלא נטלה ע"מ לגוזלה ליכא קניני גזילה ולא חל בה דין באיסורא אתא לידיה.

ע"כ ענין ספק הינוח