פרק שני

סימן א

בגדר דין יאוש

See 2 & 1c

א. דף כ"א. מתני' אלו מציאות שלו וכו'. ברש"י ד"ה מצא פירות "והפקר הן". ובד"ה מעות "איאושי מיאש והוו להו הפקר". הנה בעיקר דין יאוש דנו האחרונים אי הוי כהפקר, דביאושו נפיק החפץ מתחת בעלותו מיד, או דעביד רק היתר זכייה ולא נפיק מרשותיה עד דאתי לרשות זוכה. ונראה פשוט דגם להצד דיאוש הוי הפקר, וכן להס"ד דהתוס' ב"ק (ס"ו. ד"ה כיון) דיאוש כהפקר מ"מ אין זה "מעשה הפקר", דכבר הקשה הפנ"י (גיטין ל"ח. רש"י ד"ה בחזקה) האיך מהני יאוש בגזילה והא לא מהני הפקר על דבר שאינו ברשותו, [כדהוכיח הקצה"ח (סימן רי"א סק"ד) מסוגיא דב"ק ס"ט. להדיא דלא כתשובת הב"ח], אלא ודאי דיאוש הוא דין התורה, דע"י שמתייאש נתנה בו התורה דיני יאוש, ובהאי דינא נסתפקו מה פועל היאוש — אי עושה את החפץ ל"אינו שלו" כבהפקר, או דעביד רק היתר זכייה גרידא. (א"ה, עיין חידושי הגרש"ש ב"ק סימן ל"ח אות ג').

ובנה"מ (סימן רס"ב סק"ג) פירש בזה דברי התוס' ב"ק הנ"ל, דבגמרא שם מספק"ל בגזילה דלמא יאוש לא קני הואיל ובאיסורא אתא לידיה, וכתבו התוס' "מכאן משמע שיאוש אינו כהפקר גמור דא"כ אפילו בתר דאתא לידיה באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר", וביאר דספק התוס' הוא מה פועל היאוש וכנ"ל, ולזה הוכיחו דיאוש אינו כהפקר גמור, דאי נימא דנעשה ל"אינו שלו" א"כ מה מעכב את הגזלן מלקנותו, ומהיכי תיתי דלא מצי לזכות בחפץ דהוא עכשיו הפקר וליתי ליה בעלים, דהא כתבו התוס' ב"ק (ס"ט. ד"ה כל) דאפילו אי יאוש לא קני עבור הגזלן מ"מ כל המחזיק בה זכה בה דלגביו בהתירא אתא לידיה, אלמא דעצם היאוש חל, ואמאי לא יוכל הגזלן לזכות בחפץ זה שהוא הפקר. אלא מוכח דע"י היאוש לא נעשה הפקר אלא רק היתר זכייה גרידא דשוב אין בעלותו מעכבת אחרים מלזכות, וכיון דהוי גזה"כ ודין מחודש של יאוש, שוב ל"ק מאי טעמא לא יזכה הגזלן, די"ל דאי אתא לידיה באיסורא לא חידשה התורה הך דינא דהיאוש יפעל היתר זכיה עבורו, כך ביאר הנה"מ דברי התוס', ומזה הוכיח דיאוש אינו כהפקר ולא נפיק מרשותיה עד דאתי לרשות זוכה.

וכן נקט הקצה"ח (סימן ת"ו סק"ב), והוכיח כן מגמרא ב"ק (ס"ו:) דפריך מגזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך ואי ס"ד יאוש קנה אמאי אומר לו הש"ל ומשני זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות ע"ש, ואי נימא דתיכף כשנתייאש נפיק מרשות בעלים,

נהי דאינו רוצה לקנות אכתי היכי מצי אמר ה"שלו", ודמיא ל"מעשה קנין" על ההפקעה, ה"ש ל, והרי נתייאשו הבעלים ותו אינו שלהם, דברצון הבעלים להפקיע ה"שלו" אזי התפסת ואף דהנגזל ביאושו גרם לכך אין נפקא מינה חלות הפקר בהחפצא זהו המעשה קנין להפקיע. בזה דסכ"ס עתה אינו שלו ולא מצי אמר ליה **נמצא** לפ"ז דאף דנעשה ל"אינו שלו" מ"מ הרי "שלך", אלא ודאי מוכח דביאוש לא נפיק תחילת חלות ההפקר היא ע"י התפסת מרשות בעלים, והיא ראיה אלימתא. תורת הפקר דהיתר זכייה בחפצא, ולפ"ז

ב. והנה מרש"י הנ"ל דכתב נתייאשו הבעלים מדוקדק טפי הא דנקיט רש"י "והפקר הן", וכו' והפקר הן, לכאורה היה משמע דלאו משום דס"ל יאוש כהפקר, אלא דאתא דיאוש כהפקר [ומ"מ אף לרש"י אינו "מעשה לפרושי דהוי דומיא דתחילת הפקר דהוא דין הפקר" אלא רק "והפקר הן" — דהאבידה היתר זכייה לכ"ע, [ורק דבזה חלוק יאוש נעשית הפקר], וכן ראיתי באחרונים שנקטו מהפקר, דבהפקר חל תורת התפסה בחפץ, ואילו בפשיטות דשיטת רש"י דיאוש מטעם הפקר, יאוש אינו חלות התפסה בחפצא אלא זהו דין (עיין תרומת הכרי ר"ס רס"ב ועוד). ויש לדחות בבעלות דכשמתייאש שוב אין בעלותו מעכבת דדלמא סבר דאינו כהפקר ולא אתא לפרש גדר מלזכות]. הרי נתברר דמדברי רש"י בסוגיין יאוש מהו אלא ר"ל דדינו כהפקר דאית ביה ליכא ראיה דיאוש כהפקר. היתר זכייה לכ"ע.

וביותר י"ל דבדקדוק כתב רש"י הפקר, משום דשורש ותחילת דין הפקר הוא נמי מדין היתר זכייה. דהנה ידוע מש"כ הרמב"ם (פ"ב מנדרים הי"ד) דהפקר מטעם נדר, וכוונתו לאו משום דס"ל כר"י דלא נפיק מרשותיה עד דאתי לרשות זוכה (נדרים מ"ג.), דהא הלכתא כרבנן דהפקר נפיק מיד מרשותיה, רק דס"ל דהפקר דינו כמכירה ומתנה דאין יכול להפקע בעלות ע"י דיבור גרידא בלא מעשה קנין, והואיל ולא שייך קנינים לעשות לאינו שלו, ע"כ חידש הרמב"ם דיסוד ההפקר הוא דין בגדרי נדרים, דומיא דנדרי קונמות או צדקה דבאמירת "הרי זה לצדקה" חל התפסת דין צדקה בהחפץ - כן הוא יסוד דין הפקר, דבאמירת "הרי הן מופקרין לכל מי שיחפוץ" (כלשון המשנה נדרים מ"ג.) חלה התפסת תורת הפקר בחפץ דהוא היתר זכייה לכ"ע, וכיון דחל בחפצא היתר זכייה הוא הוא המפקיע את

ואפשר דמקור דברי האחרונים הוא מרש"י גיטין ל"ט: גבי נתייאשתי מפלוני עבדי, דפירש"י "נתייאשתי לשון הפקר הוא". אולם באמת התם בלא"ה צ"ב כוונת רש"י "לשון" הפקר הוא, דהא הוכחנו דלכ"ע יאוש אינו "מעשה הפקר" א"כ מהו "לשון" הפקר דקאמר וצ"ע, סוף דבר לא ברירא לי מגין הכרח האחרונים ברש"י דיאוש מדין הפקר. (א"ה, עיין מח"א הל' זכיה מהפקר סימן ז).

ג. עכ"פ למאי דנקטו ברש"י דיאוש כהפקר, צריך עיון ראיות האחרונים דיאוש אינו כהפקר. והנראה בזה, דהנה על ראיית הנה"מ [לפי ביאורו בדברי התוס'] מדינא דבאיסורא אתא לידיה דגזילה, י"ל בפשיטות דהתוס' דהקשו לשיטתם אזלי דס"ל (ב"ק ס"ט. ד"ה כל) דאפילו אי יאוש לא קני מ"מ כל המחזיק בה זכה בה, ופשטות לשונם משמע דלהכי זכה השני כיון דבהתירא אתא לידיה, אלמא אהני יאוש הבעלים לגבי כ"ע אף